

# Congreso Constituyente: ¿El Fin Justifica los Medios?

**Samuel B. Abad Yupanqui**  
Profesor de Derecho Constitucional  
de la PUC.

*«Artículo 16.- Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución»*

*Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 26 de agosto de 1789*

La elaboración de la nueva Carta Política se inscribe dentro de un proyecto abruptamente explicitado el 5 de abril, y constituye -como veremos- un instrumento destinado a legitimar la ruptura constitucional, plasmando determinadas reglas no admitidas por la Constitución de 1979 tendientes a fortalecer un gobierno personalista.

A tal conclusión puede llegarse a través del análisis del procedimiento empleado para elaborar el nuevo texto constitucional, de los alcances de la función fiscalizadora del Congreso, así como del examen y evaluación de las instituciones plasmadas en el anteproyecto: excesivo fortalecimiento del Poder Ejecutivo, reelección presidencial inmediata, atribución de disolver el Congreso, entre otras.

Y es que, la intención de contar con una Carta en el más breve plazo -el cronograma oficial anuncia que el 28 de julio ya la tendremos- ha conducido, entre otros aspectos, a que la metodología empleada resulte accesoria y sólo persiga producir aceleradamente el instrumento político que se desea. Por lo demás, es obvio que el método utilizado, incidirá decisivamente en el contenido sustantivo del nuevo texto.

Asimismo, resulta evidente que el trabajo constituyente se está llevando a cabo al margen de la población. En efecto, la ciudadanía se encuentra desinformada de lo que está sucediendo, así como de los alcances y efectos de las normas aprobadas. Ello determina la carencia de un verdadero *clima constituyente*, y la limitada posibilidad de formar opinión respecto al futuro ejercicio del referéndum para aprobar el texto constitucional.

En este sentido, pretendemos en las líneas que siguen evidenciar las limitaciones de este Congreso, tanto en su función constituyente como fiscalizadora, los lineamientos generales de la tercera versión del anteproyecto aprobado por la Comisión de Constitución (El Peruano, 1 de julio de 1993), así como plantear la necesidad de modificar aspectos medulares del mismo.

## **I. Nueva Constitución: un camino equivocado**

En rigor no era necesario contar con una nueva Carta Constitucional, bastaba efectuar algunas reformas puntuales al texto de 1979, especialmente en lo que se refiere a la estructura del Estado. «La

elaboración de una nueva Constitución sólo se justifica cuando los cambios políticos y sociales producidos en un país, conllevan la adopción de nuevos principios jurídicos y políticos que no son compatibles con los contenidos en la norma constitucional existente»<sup>1</sup>. No obstante, por razones claramente políticas se optó por elaborar una nueva Carta, la décimosegunda de nuestra agitada vida republicana.

Pese a la intención de elaborar algo nuevo, al que no son ajenos los afanes de la mayoría -incluido algunos de sus aliados- de una mal entendida figuración histórica, es indudable que la realidad evidencia que lo que se viene gestando no puede evitar repetir en muchos casos lo que la Carta de 1979 establecía. Y es que la pretendida necesidad de innovar artículos e instituciones, se enfrenta con las bondades del texto de 1979, que no puede ni debe ser dejada de lado.

### 1. Un proceso acelerado, sin modelo y sin previa definición de principios

Uno de los retos de quienes elaboraron esta Constitución, debió consistir en buscar las causas profundas de la crisis política e institucional que caracteriza al país -donde se ubica lo sucedido el 5 de abril-, para elaborar una reforma capaz de superarla.

Ligado a ello, hubiera sido fundamental que la Comisión de Constitución antes de ingresar al análisis y aprobación de los artículos de la nueva Carta, definiera los principios que la identifican y el «modelo de sociedad»<sup>2</sup> al que se aspira (respeto irrestricto de los derechos fundamentales; definición de la forma de gobierno que se postula -presidencial o semipresidencial-; opción por una particular forma de Estado -unitario y descentralizado-, etc). Así, en base a pilares previamente definidos, hubiera sido más sencillo construir el edificio constitucional con el que se quiere contar. Sin embargo, tales aspectos no se tomaron en cuenta.

Para esta difícil tarea, la *teoría constitucional* debió dar luces sobre el contenido y alcances de las

instituciones, uniéndose a ella el examen reflexivo de nuestra realidad. Una labor de tal naturaleza, con un contenido necesario mas no exclusivamente *académico*, no puede efectuarse de manera apresurada y en tan breve tiempo; en ella debe primar el análisis, evaluación y reflexión. Ha de tomarse en cuenta, que un *pragmatismo* mal entendido -como en los círculos oficiales se viene exigiendo-, viene obviando tan indispensable labor.

La realidad, en todo caso, hace patente que se está imprimiendo una enorme celeridad al trabajo constituyente, sin una profunda reflexión sobre las consecuencias de lo que va siendo aprobado. La opinión de un sector de la ciudadanía corrobora tal afirmación; efectivamente, en una reciente encuesta realizada, el 48.8% de las personas entrevistadas consideró que el anteproyecto había sido elaborado muy rápidamente<sup>3</sup>.

### 2. El Pleno del CCD: enmendando errores de una Comisión

Si recordamos el proceso de elaboración de la Carta de 1979, veremos que la Asamblea Constituyente (1978-1979) trabajó no sólo con una Comisión Principal (integrada por 25 representantes), sino a la vez con 14 Comisiones Especiales, cada una de ellas encargada de elaborar por lo menos un título de la futura Carta. Las ponencias de las indicadas Comisiones Especiales, de mayoría y de minoría, fueron presentadas a la Comisión de Constitución y ella elaboró, primero, un anteproyecto y después un proyecto, que luego de ser publicado para recibir las sugerencias de la ciudadanía y de las instituciones sociales, fue enviado al Pleno para su debate y posterior aprobación. Todo ello estuvo claramente regulado tanto en el Reglamento de la Asamblea Constituyente, como en las «normas adicionales que regirán el debate constitucional»<sup>4</sup>.

Experiencias similares se han presentado en otros países. En Italia, la elaboración del texto constitucional se inició por la «Comisión de los 75», organizada en otras tres subcomisiones (derechos, organización del Estado, relaciones económicas y sociales)<sup>5</sup>. En España, una subcomisión de 7 perso-

1. *Debate Constitucional*, N°1, Lima: Comisión Andina de Juristas, 18 de febrero de 1993, p.1

2. DE OTTO Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Ariel, 1989, p.44

3. La citada información la hemos tomado de *IMASEN Confidencial*, N° 10, Lima, junio de 1993, p.20. Se trata de una encuesta realizada entre el 25 y el 26 de mayo de 1993 a 400 personas mayores de edad pertenecientes a distritos de la Gran Lima (incluye Callao y pueblos jóvenes).

4. Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979, *Anexos y Ponencias*, Tomo II, pp.13-21.

5. PIZZORUSSO Alessandro, *Lecciones de Derecho Constitucional*, traducción de Javier Jiménez Campo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, Tomo I, p.91

nas se encargó de elaborar un borrador o ponencia, que luego de ser publicado fue debatido por la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, para después ser enviado al Pleno, y seguir con un trámite similar en el Senado<sup>6</sup>. Asimismo, en Colombia se llevó a cabo un estrecho trabajo en Comisiones y Subcomisiones (derechos, ordenamiento territorial, Congreso y administración de justicia, por ejemplo)<sup>7</sup>.

Desde el inicio del actual proceso de reforma constitucional se empleó un procedimiento incoherente. Se optó porque la Comisión de Constitución aprobara por *trozos* o por capítulos aislados la nueva Carta y luego ellos sean elevados al Pleno del CCD. Ante este irregular modo de aprobación, el «Frente Independiente Moralizador» y el «Movimiento Democrático de Izquierda» presentaron sendas *mociones* destinadas a regular un procedimiento adecuado, que fueron rechazadas por la mayoría. Sólo posteriormente, cuando uno de sus aliados -el movimiento «Renovación»- reiteró la moción, se corrigió lo que venía sucediendo.

En efecto, ante los constantes cuestionamientos efectuados, el Pleno del CCD, que ya contaba en agenda con tres capítulos adicionales de la nueva Carta para ser debatidos, decidió variar la metodología adoptada. A través de una moción aprobada por unanimidad (14a. sesión, del 19 de marzo), se acordó «aplazar el debate y votación final en los trabajos constitucionales por el Pleno en tanto la Comisión Permanente de Constitución y Reglamento no haya aprobado la totalidad de los capítulos del proyecto de nueva Constitución». De esta manera, se corregía la actitud de la Comisión de Constitución. Dicho acuerdo, que aunque tardó fue positivo, ha dejado pendiente una interrogante ¿qué pasará con el capítulo sobre derechos fundamentales aprobado por el Pleno el 22 de febrero?

### 3. El único capítulo aprobado por el Pleno del CCD: ¿ya hay un *trozo* de Constitución?

Producto de la falta de un ordenado método de trabajo, el primer capítulo del anteproyecto relativo a derechos fundamentales, llegó a ser aprobado por el Pleno del CCD. ¿Ello significa que ya se cuenta con parte del texto de la nueva Constitución?

Según el Reglamento del Congreso Constituyente, que ha evidenciado gruesas limitaciones, lo

aprobado por el Pleno sólo puede ser reconsiderado si se solicita «hasta la sesión siguiente»; más aún, su aprobación requiere «dos tercios del número hábil» (10a. disposición complementaria). Es decir, tal capítulo permanecería inalterable; eso haría pensar que ya se cuenta con un *trozo* de la nueva Constitución.

De ser así, no sólo no habríamos avanzado sino que en determinados aspectos se habría retrocedido pues dicho texto contiene algunas normas cuestionables. Así por ejemplo, entre otros aspectos, elimina un párrafo de la Carta de 1979 relativo a la igualdad entre varón y mujer, repite una norma que ha permitido interpretaciones indebidas respecto a la libertad física y que pudo ser mejorada, incluye a la legítima defensa como derecho fundamental, y eleva a nivel constitucional la figura del abuso del derecho. Sin embargo, la Comisión de Constitución no le ha interesado ello y ha eliminado dos artículos aprobados por el Pleno: aquel que reconoce la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas (art. 3) y el art. 4 de la Carta vigente.

A nuestro juicio, el Pleno del CCD debe revisar dicho capítulo íntegramente e incluir los artículos eliminados por la Comisión de Constitución (arts. 3 y 4 de la Carta de 1979). Ello significa que la atadura reglamentaria, producida como consecuencia de la desordenada manera como se ha venido trabajando, tendrá que ser modificada.

### 4. Leyes constitucionales: un «doble juego»

El actual contexto jurídico y político aconsejaba esperar a que la Carta que se viene elaborando sea aprobada, sometida a referéndum, promulgada y publicada para recién a partir de ahí contar con nuevas reglas constitucionales. De otro lado, ha de recordarse que por expresa decisión del CCD la Constitución de 1979 se encuentra vigente.

No obstante, el CCD ha «creado» la figura de las leyes constitucionales, no previstas por la Carta de 1979, que gozan de la más alta jerarquía normativa y vienen modificando muy rápidamente -entran en vigencia al día siguiente de su publicación- dicha Constitución. Así por ejemplo, el 20 de marzo se publicó la quinta *ley constitucional*, que modificó el art. 91 de la Carta, permitiendo adquirir la nacionalidad peruana con menos de dos años de permanencia en el país. Existe, además, un proyecto, pen-

6. GUNTHER Richard, *El proceso constituyente español*, Revista de Estudios Políticos, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Nº 49, 1986, p.39 y ss.

7. SACHICA Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 10 ed., Bogotá: Temis, 1992, p.34.

diente de debate en el Pleno del CCD, elaborado como consecuencia de la denuncia por la desaparición de diez personas en una universidad nacional y la consiguiente formación de una Comisión Investigadora, que de ser aprobado y publicado se convertiría en la sexta ley de esta naturaleza.

A través de las leyes constitucionales se sustrae a todo debate público, a toda posible participación ciudadana, materias -por ejemplo, la adquisición de la nacionalidad-, que deben ser abordadas por el CCD en el proceso de reforma constitucional. De esta manera, el Congreso Constituyente se contradice, y genera inseguridad jurídica, pues de haber sido consecuente con la declaración de vigencia de la Carta de 1979, sólo hubiera podido modificarla siguiendo, en todo caso, un trámite similar al que ella establece y no con normas que nuestro ordenamiento jurídico no permite.

Debe tomarse en cuenta que en Italia, cuya Constitución, a diferencia de la nuestra, si admite la figura de las leyes constitucionales, se trata de normas adoptadas por cada una de las Cámaras (Congreso bicameral), en dos votaciones sucesivas con intervalo no menor de tres meses, y que en la segunda votación deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de miembros de cada Cámara, pudiendo incluso ser sometida a referéndum (art. 138). Es decir, como expresa Pizzorusso, el procedimiento de elaboración de tales normas guarda diferencias con las leyes ordinarias por su mayor rigidez<sup>8</sup>.

En el Perú, en cambio, a través de las leyes constitucionales, creación del CCD que la Carta de 1979 jamás contempló, se viene modificando -sin visos de rigidez- la Constitución vigente y sustrayendo a todo debate nacional cualquier materia. El *doble juego* efectuado -proceso constituyente en marcha y paralelamente expedición de este tipo de normas- demuestra nuevamente lo accesorio que para el CCD resulta seguir un adecuado y democrático método de trabajo constituyente.

## 5. La ausencia de clima constituyente: ¿y el consenso?

La forzada marcha hacia un proceso constituyente que no ha sido reflejo de la voluntad de la ciu-

dadanía, su prácticamente nula información y participación, no está permitiendo que interiorice lo que se viene gestando. Ello, ha traído como consecuencia la falta de un verdadero *clima constituyente*. Esta expresiva frase utilizada por Pablo Lucas Verdú al evaluar el proceso constituyente español<sup>9</sup>, es indicativa de lo que está sucediendo en el país.

En efecto, si se examinan los resultados de recientes encuestas veremos que sólo el 10.3% de las personas asegura estar informada del contenido del anteproyecto de Constitución. El 53.8% afirma estar poco informado y el 34.5% carece de información. De otro lado, la mayoría considera que en el anteproyecto no se han recogido las opiniones de la población (62 %); sólo el 28.8% entiende que han sido escuchadas.

La distancia entre la labor constituyente y la ciudadanía, exige entonces un *real debate nacional* para poder contar con un texto que trate de responder a las expectativas de la sociedad, y que en consecuencia no siga manteniendo la brecha permanente entre la labor de nuestros representantes y la población. Todo ello es mucho más preocupante porque al final se espera que el texto constitucional sea aprobado por referéndum. Más aún, si una amplia mayoría de los encuestados entiende que aquél ineludiblemente debe llevarse a cabo (81.3%)<sup>10</sup>.

Y es que no debe perderse de vista que «el objetivo de toda Constitución es obtener el mayor y más intenso consenso político social de los ciudadanos para asegurar su permanencia y, por ende, la estabilidad y regularidad del Estado de Derecho»<sup>11</sup>. La ausencia de un verdadero *clima constituyente* viene demostrando que esta necesidad no se encuentra presente. El cronograma oficial anunciado para la acelerada aprobación del nuevo texto constitucional, tampoco lo garantiza.

## II. Fiscalización: un Congreso que no investiga

Sin embargo, la moción aprobada por la mayoría del CCD el 24 de mayo, ha nulificado las atribuciones de la Comisión que investiga la desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad Enrique Guzmán y Valle - La Cantuta, en la medida que exista un proceso abierto ante la jurisdicción militar.

8. PIZZORUSSO Alessandro, ob. cit., tomo II, p.219

9. LUCAS VERDU Pablo, *Singularidad del proceso constituyente español*, Revista de Estudios Políticos, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, N°1, 1978, p.10.

10. IMASEN Confidencial, N° 10, Lima, junio de 1993, pp.20-21.

11. LUCAS VERDU Pablo, ob. cit. p.24.

Dicha «decisión» señala que la Comisión Investigadora debe observar lo dispuesto por el art. 233 inc. 2 de la Carta de 1979 «por existir un proceso penal en trámite en el fuero privativo militar». Agrega que el personal de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú y Sistema de Defensa Nacional, citados por dicha Comisión, serán representados por sus Comandantes Generales, Director General de la Policía Nacional del Perú y Jefes de Organismos integrantes del Sistema de Defensa Nacional.

De esta manera, se someten las atribuciones de dicha Comisión a las funciones de un Tribunal Militar -nulificándose su labor fiscalizadora-, al impedirle citar *libremente a todos* los sujetos denunciados por violaciones de derechos humanos.

A ello se agrega la decisión final del Pleno del CCD adoptada el sábado 26 de junio en horas de la madrugada, por 39 votos contra 13, al aprobar el dictamen en minoría presentado por los integrantes de la alianza «Cambio 90-Nueva Mayoría». De acuerdo a dicho dictamen, de la labor desarrollada por la Comisión Investigadora no logra acreditarse los hechos denunciados, disponiendo además que la justicia militar se pronuncie sobre el particular por ser el órgano competente para ello. Así, nuevamente el Pleno del CCD abdica de su función investigadora.

Asimismo, existe un proyecto de ley constitucional (Nº 595/93), con dictamen favorable de la Comisión de Defensa y Orden Interno, según el cual «los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional del Perú y demás personal que integra el Sistema de Defensa Nacional, cualquiera sea su situación militar o policial, que participen en acciones contra los delincuentes terroristas, están sujetos exclusivamente al Fuero Privativo Militar». El referido proyecto trata de evitar que una Comisión Investigadora pueda citar a tales personas, llegando al extremo de indicar que la jurisdicción militar conocerá de «los delitos militares y comunes».

## 1. Una «interpretación» política

La «interpretación» del art. 233 inc. 2 de la Carta de 1979, acogida en la moción de 24 de mayo, desconoce y vulnera el núcleo esencial del art. 180 del texto fundamental -referido al nombramiento y atribuciones de las Comisiones Investigadoras-, vaciándolo de contenido.

En efecto, cuando el art. 180 dispone que pueden nombrarse Comisiones de Investigación sobre «cual-

quier asunto de interés público» no fija ninguna limitación a la materia a abordar, bastando que ella, a juicio del Parlamento, goce de *interés público*, así los hechos cuestionados sean de conocimiento simultáneo por un órgano jurisdiccional.

Tampoco se ve afectado el principio de separación de poderes pues tales Comisiones persiguen fines distintos a los de un proceso judicial. En el primer caso, se trata de obtener información para su eventual aplicación a alguna de las funciones del Congreso -v.g. responsabilidad política-; y en el segundo, el juzgamiento y resolución jurisdiccional de conflictos concretos. Las Comisiones no desarrollan labor jurisdiccional -no dictan sentencia-, y por ello mal pueden *avocarse* funciones que en rigor no ejercen.

El «problema» suscitado no es nuevo en el país. Con anterioridad se presentaron situaciones similares que no impidieron la labor de investigación del Congreso, tal como sucedió con la Comisión que investigó la masacre de los penales. Una particularidad del caso actual, es que el «conflicto» se ha presentado al haberse iniciado un proceso ante un órgano de la jurisdicción militar, *con posterioridad a* la presentación de la denuncia y formación de una Comisión Investigadora. En este caso, el grave precedente fijado, es que bastaría presentar una simple denuncia ante los órganos jurisdiccionales -incluso por los mismos sujetos denunciados- para evitar o restringir una investigación parlamentaria.

Asimismo, la tendencia en el derecho comparado -que inspira el art. 180 de la Carta de 1979- no encuentra incompatibilidad entre la investigación parlamentaria y la existencia de un proceso judicial. Así sucede en Inglaterra, Estados Unidos, Italia y España, entre otros. En este último caso, por ejemplo, la labor efectuada por la Comisión de Investigación de Radio Televisión Española coincidió con la tramitación de varios procesos por corrupción<sup>12</sup>.

## 2. ¿Una decisión definitiva?

A todo ello se suma que frente a la inconstitucional y arbitraria decisión de la mayoría, nuestro ordenamiento jurídico no concede mecanismos de impugnación. En efecto, ante tal «interpretación» que nulifica la atribución de una Comisión Investigadora, priorizando la labor de la jurisdicción militar, ¿tendremos que aceptar que la mayoría del CCD sea juez y parte?. Si se discute el significado y los límites de dos normas constitucionales -el art.

12. SANTAOLALLA Fernando, *Derecho parlamentario español*, 2ª ed., Madrid: Espasa Calpe, 1990, p.425.

233 inc. 2 y el art. 180- que brindan atribuciones a órganos distintos ¿no sería lógico que un tercero imparcial resuelva ése probable conflicto y determine la adecuada interpretación constitucional a seguir?

En países democráticos, como Alemania, Italia y España, existen procesos especiales -llamados *conflictos constitucionales de competencia o conflictos entre órganos constitucionales*- que permiten a un Tribunal Constitucional resolver casos como el que ahora se ha suscitado. Ello «significa el reconocimiento que la división de poderes está jurídicamente y no sólo políticamente garantizada»<sup>13</sup>. Ahí, la arbitraria decisión de una mayoría no sería firme y definitiva, pues cabría una eventual revisión por un órgano especializado y autónomo -el supremo intérprete de la Constitución- que resolvería en definitiva un «problema» de tal naturaleza.

En el Perú, no se cuenta con instituciones similares. Incluso el anteproyecto constitucional elimina al Tribunal de Garantías Constitucionales, evitando así el posible control de los actos inconstitucionales cometidos por los poderes públicos. La reforma constitucional -creemos- no sólo debería mantener al TGC, sino además darle la atribución de resolver conflictos como el suscitado para evitar la vigencia irremediable de tales actos.

### III. Un anteproyecto a reformar

La aspiración de quienes elaboraron el anteproyecto de nueva Carta Política, cuya tercera versión ha sido recientemente publicada, debió ser la de robustecer a nivel constitucional la institucionalidad democrática y garantizar a plenitud los derechos de las personas. No obstante, aquel documento se encuentra muy distante de tal aspiración, y requiere en varios aspectos ser reformulado.

#### 1. Un texto recortado y sin preámbulo

La falta de una adecuada metodología de trabajo y el apresuramiento por aprobar el anteproyecto constitucional en un término preestablecido -se dice que el 28 de julio-, ha conducido a la publicación de un texto carente de preámbulo, apresuradamente recortado, con errores -una fe de erratas se publicó el 2 de julio-, e incluso en ocasiones incoherente.

La Carta de 1979 ha sido criticada por ser *reglamentarista*, y eso ha conducido equivocadamente a que parte de la discusión constitucional se haya centrado en el número de artículos que debe tener una Constitución, lo cual olvida que lo central e importante no es ello, sino precisamente las materias que todo texto constitucional debe contener. Por lo demás, el propio anteproyecto en muchos casos eleva a jerarquía constitucional supuestos que estaban en la ley. Esto sucede, por ejemplo, al regular el proceso de amparo cuando dispone que aquél no procede contra «resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular», aspecto que ya está previsto en el art. 6 inc. 2 de la Ley 23506. Creemos, siguiendo a Biscaretti di Ruffia, que «la solución mejor parece estar en el justo medio»<sup>14</sup>. Y es que no puede pensarse que una opción no reglamentarista a ultranza sea la más adecuada. De ser así, se corre el riesgo que el legislador pueda cambiar en la práctica el contenido del texto constitucional a través de leyes ordinarias.

De otro lado, la falta de un preámbulo denota una seria omisión, pues en él se plasman los principios y valores que inspiran al texto constitucional y el modelo de sociedad que se aspira construir, sirviendo además como fuente de interpretación de las restantes normas constitucionales. Asimismo, es confusa la regulación del capítulo sobre el sistema electoral. Así por ejemplo, si nos detenemos en los motivos que determinan la nulidad de un proceso electoral nacional veremos que un primer supuesto se presenta «cuando los votos nulos y en blanco superen las tres quintas partes del total de votos emitidos», y un segundo caso «cuando los votos emitidos, en sus dos terceras partes son nulos o en blanco». De otro lado, de la lectura del articulado se desprende en varios casos la ausencia de conocimiento jurídico constitucional. Esto sucede, por ejemplo, cuando se considera a la legítima defensa como un derecho fundamental olvidando que su lugar es el Código Penal.

#### 2. Derechos fundamentales disminuídos

En términos generales el anteproyecto reitera parte de los derechos previstos por la Carta de 1979, en contados casos efectúa adiciones, en otros serias restricciones y exclusiones, abriendo además

13. ARAGON REYES Manuel, prólogo al libro de Angel GOMEZ MONTORO, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p.20.

14. BISCARETTI DI RUFFIA Paolo, *Derecho Constitucional*, 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1987, p.255.

la puerta para posibles limitaciones discrecionales. Y es que en realidad, no tenía sentido modificar la parte dogmática de la Constitución para ampliar o introducir nuevos derechos; para hacerlo bastaba el art. 4 de la misma o incluso el art. 105. En cambio, sí era «necesario» modificarla para reducirlos o eliminarlos, tal como ha sucedido en materia de derechos sociales, con la ampliación de los supuestos en los que cabe aplicar la pena de muerte y al haber eliminado los arts. 3, 4 y 105 de la Constitución de 1979.

Una seria limitación se presenta cuando el art. 3, desde una visión privatista, dispone que «La Constitución no ampara el ejercicio abusivo del derecho». Con ello establece una cláusula general de limitación que puede conducir a vaciar de contenido a los derechos fundamentales. ¿En manos de quién estará definir que es «ejercicio abusivo de un derecho fundamental»? ¿qué criterios empleará para ello?, ¿cuándo habrá ejercicio abusivo de la libertad de expresión, opinión o del derecho de huelga? ¿cuáles serán sus consecuencias y efectos? ¿podrá abusarse de todos los derechos fundamentales? Elevar a rango constitucional esta figura, trasladándola del Título Preliminar del Código Civil, donde debió permanecer, puede permitir imponer *limitaciones adicionales y arbitrarias* a las previstas expresamente por cada uno de los artículos del texto constitucional, o aquellas que surgen de un conflicto entre derechos fundamentales, o las que admite un régimen de excepción<sup>15</sup>. Como advierte Antonio Rovira, constitucionalizar una norma de tal naturaleza y ubicarla en el marco de los derechos fundamentales resulta muy peligroso pues «se convierte en un arma que en manos del Estado puede llegar a prohibir el ejercicio de cualquier derecho fundamental»<sup>16</sup>. Por lo demás, en el panorama del derecho constitucional comparado, la tendencia es la de rechazar normas de tal naturaleza<sup>17</sup>.

Asimismo, los mecanismos de participación política -referéndum, revocación, iniciativa legislativa popular y rendición de cuentas- requieren de varias

precisiones, así como de una ley que los regule para poder ser efectivamente ejercitados. Por cierto, no ha sido incluido el veto popular de leyes que inicialmente la alianza oficialista había propuesto introducir.

De otro lado, la restricción de los derechos sociales, fruto de una opción neoliberal, ha reducido los alcances de algunos derechos, entre ellos la educación -restringiendo la gratuidad de la enseñanza- y reduciendo la estabilidad laboral -«adecuada protección contra el despido arbitrario» señala la norma-, supuesto que permitiría en caso de despido injustificado la simple indemnización económica y no la reposición del trabajador.

Tema fundamental es el referido a la ampliación de los casos de aplicación de la pena de muerte para los delitos de traición a la patria y terrorismo, que será aplicada por tribunales militares. Semejante norma, que a nuestro juicio debe ser eliminada, contradice el segundo párrafo del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que impide extender dicha pena a aquellos delitos en los cuales no sea aplicada. Aprobar una norma de tal naturaleza traería como resultado la denuncia total a dicha Convención -no caben denuncias parciales-, y las graves consecuencias que ello puede generar tanto en el plano interno como a nivel de la comunidad internacional.

### **3. Fortalecimiento del Presidente de la República: ¿y el gobierno de gabinete?**

El anteproyecto fortalece al Presidente de la República, quien no sólo cuenta con las atribuciones que tenía en la Carta de 1979, sino además con la posibilidad discrecional de promulgar parcialmente las leyes, disolver el Congreso y gozar de la reelección inmediata. Es decir, cuenta con aquellas atribuciones que no le otorgaba la Constitución vigente, y que como consecuencia del golpe del 5 de abril y de la apertura de un proceso constituyente, ha logrado plasmar en el nuevo texto. Se consagra

15. Cfr. ABAD YUPANQUI Samuel, *Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar*, Thémis Nº21, Lima, 1992.

16. ROVIRA Antonio, *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona: Ed. Península, 1983, p.220.

17. Como excepción puede mencionarse el art. 18 de la Ley Fundamental de Bonn (1949), producto de la funesta experiencia nacional socialista, que admite en determinadas condiciones la privación de ciertos derechos fundamentales como consecuencia de su ejercicio abusivo siempre que así lo disponga el Tribunal Constitucional. La norma alemana ha sido objeto de intensas críticas y casi no ha sido aplicada (Hans JOACHIM FALLER, *Defensa constitucional por medio de la Jurisdicción Constitucional en la República Federal Alemana*, Revista de Estudios Políticos, Nº7, Madrid: CEC, 1979, p.55). El anteproyecto, en cambio, cuenta con mayor amplitud y vaguedad que el texto alemán, pues por un lado se refiere a todos los derechos fundamentales, sin precisar expresamente el órgano que determinará cuando existe ejercicio abusivo de un derecho, o cuáles son sus efectos.

así un mal precedente y una inadecuada práctica gubernamental de graves consecuencias para el sistema democrático: provocar la ruptura del orden constitucional para luego establecer reglas de juego en beneficio propio.

De otro lado, la propuesta inicial de un sector de la mayoría -más no del Presidente de la República- de contar con un «gobierno de gabinete» no se ha plasmado en el anteproyecto. Efectivamente, al Presidente del Consejo de Ministros sólo le corresponde ser un simple «portavoz» de la política del gobierno, obviamente después del Presidente de la República, quien por cierto tiene la atribución de nombrarlo y removerlo así cuenta con la confianza del Parlamento.

Asimismo, la intención de centralizar el poder ha conducido a la eliminación de las Regiones y, en consecuencia, a carecer de un nivel intermedio de descentralización que coordine eficazmente los niveles central y local. Las limitadas competencias de las Municipalidades, y la designación por el Presidente de un Prefecto en cada uno de los departamentos -denominado en las dos versiones preliminares «Intendente»-, es una prueba cabal de este afán centralista.

Por su parte, tanto el control jurisdiccional como el parlamentario han sido regulados inadecuadamente lo cual puede conducir a su debilitamiento. En efecto, si examinamos el primero, en concreto el control constitucional, resulta inconveniente la eliminación del Tribunal de Garantías Constitucionales, endosándole sus competencias a una Sala especializada del Poder Judicial, cuyos magistrados se encuentran sometidos a ratificaciones judiciales cada cinco años. A ésta última, si bien se le otorgan las atribuciones que antes tenía el TGC, no se le dota de otras competencias que le permitirían un adecuado control. Asimismo, se elimina el art. 236 de la Carta vigente que consagra como atribución judicial el control difuso, lo que podría permitir que la ley que lo regule pueda limitar o restringir su aplicación.

Respecto al control parlamentario no sólo se ha olvidado precisar como una atribución expresa del Congreso la facultad de control -que aunque implícita en otros países en nuestra realidad habría que explicitarla-, sino que no se aclara de modo uniforme el significado de la frase «dar cuenta al Congreso», prevista por ejemplo en materia de decretos legislativos, convenios internacionales y Régi-

men de Excepción. Además, del mayor *período de enfriamiento* de la moción de censura, que se propone sea debatida y votada entre el cuarto y décimo día de su presentación. A todo ello, se une la existencia de un Parlamento débil que puede ser disuelto «en caso de grave controversia», situación que se agudizaría si se llega a contemplar la renovación por tercios y la revocación del mandato, instituciones que sólo son mencionadas pero que carecen de un mayor desarrollo.

#### 4. ¿Economía social de mercado?

El anteproyecto si bien mantiene la definición de una *economía social de mercado*, a lo largo de sus diversos artículos no es consecuente con tal enunciado, consagrando un Estado subsidiario y una economía de mercado. Así por ejemplo, entre otros aspectos, no contempla como causal para disponer una expropiación el interés social; limita la intervención del Estado en la actividad empresarial; elimina el art. 132 de la Carta de 1979 que permite la intervención de empresas en situaciones de crisis grave o de emergencia; consagra la absoluta estabilidad de los contratos impidiendo su excepcional alteración por razones de interés social; elimina el interés social como límite al ejercicio de la actividad empresarial; y olvida declarar que el Perú es una República basada en el trabajo, norma prevista por el art. 79 de la Carta vigente.

Toda Constitución moderna debe contener las pautas generales, más no petrificar un sistema económico determinado. Ella debe ser lo suficientemente flexible para que los distintos gobiernos elegidos democráticamente puedan optar por variar de rumbo en el marco del respeto al pluralismo político. Como señala Bassols Coma, «los preceptos constitucionales de signo económico (se conciben) como cláusulas abiertas y expansivas que en última instancia son rellenas o actualizadas por el legislador ordinario y, de modo preferente, por la actuación gubernativa y administrativa encargada principalmente de la gestión de la política económica»<sup>18</sup>. El anteproyecto desconoce esta característica.

### III. Reflexiones finales

No debe pensarse que una Constitución resolverá por sí misma los problemas que afronta el país. Un texto constitucional cumple una determinada función. En efecto, «el Derecho Constitucional crea reglas de actuación y decisión políticas; proporcio-

18. BASSOLS COMA Martín, *Constitución y sistema económico*, Madrid: Tecnos, 1985, p.42.



na a la política directrices y puntos de orientación, pero sin que pueda sustituirla. Por ello la Constitución deja espacio para la actuación de las fuerzas políticas»<sup>19</sup>. Una Carta no debe petrificar la opción política de «moda» en la actual coyuntura, y tampoco, por cierto, puede pretender que cuando ella sea aprobada se logre inmediatamente «democratizar y pacificar al país».

El método utilizado para elaborar la Carta, evidencia que para la mayoría aquel constituye un problema accesorio, lo fundamental es plasmar en el más breve plazo las «reformas estructurales», el proyecto político personalista que se quiere instrumentar. Por ello, no resulta extraño que pese a la celeridad que viene imprimiéndose en la confección del texto constitucional, no se haya definido la forma en que habrá de efectuarse el referéndum para aprobar la nueva Constitución. Ello es particularmente importante pues han existido varias experiencias de falta de objetividad en este tipo de instituciones.

De otro lado, quienes pensaron que el CCD podía ser un órgano autónomo e independiente que no sólo reformaría el texto constitucional sino, además, fiscalizaría al Gobierno, garantizando el *equilibrio de poderes*, habrán constatado que esto no es así. Con la moción aprobada el 24 de mayo y el dictamen sobre la detención y desaparición de diez personas en una universidad nacional, la intención de la mayoría de no fiscalizar al Gobierno y someter su autonomía a las Fuerzas Armadas se ha hecho evidente. Ello, por lo demás, no contribuye a fortalecer la institucionalidad democrática ni la legitimidad de este Congreso.

Es obvio que el anteproyecto publicado refleja la opción política del régimen, se trata de una suerte de «Constitución-programa de gobierno». Incluso, los hechos del 13 de noviembre de 1992 han tenido consecuencias en la normativa constitucional. Los alcances del derecho de insurgencia cuyo titular es el pueblo conforme al art. 82 de la Carta de 1979, ahora han sido restringidos a la «civilidad». Se trata así de evitar que hechos similares vuelvan a repetirse, subordinando cualquier intento insurgente de las Fuerzas Armadas.

Definitivamente la participación, reflexión, opinión y propuestas de la ciudadanía, de la comunidad académica y de las instituciones sociales resultan fundamentales para la necesaria reformulación del anteproyecto constitucional, que requiere para su aprobación el *máximo de consenso posible*. Una Constitución ha de elaborarse para satisfacer las expectativas de la ciudadanía en general y no para petrificar una opción política o a un gobierno determinado. De lo contrario, existirán grandes posibilidades que el documento aprobado se convierta en un texto *nominal*, ajeno a la realidad existente, de limitada subsistencia y que a corto o mediano plazo será reemplazado. La experiencia cercana de Argentina y Chile da cuenta de ello. En el primer caso, la reforma constitucional de 1949, tachada de inconstitucional, fue dejada sin efecto en 1956 por otro Gobierno declarándose vigente la Carta de 1853<sup>20</sup>; y en el segundo, la Carta pinochetista de 1980 ha sufrido intensas modificaciones luego del retorno a la institucionalidad democrática. Y es que en realidad *el fin no justifica los medios*.

Lima, 6 de julio de 1993

19. HESSE Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p.21.

20. BIDART CAMPOS Germán, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires: Ediar, 1985, p.84.