

**EL NUEVO ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL DEL PERÚ:
APROXIMACIÓN A LA
CONSTITUCIÓN DE 1993**

por Francisco Fernández Segado

EL NUEVO ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: APROXIMACIÓN A LA CONSTITUCIÓN DE 1993

por Francisco Fernández Segado

1. Antecedentes de la Constitución

El 31 de diciembre de 1993 ha entrado en vigor la nueva Constitución Política del Perú, duodécima de su historia y cuarta del siglo XX, que se inicia con la vigencia del texto de 1860, el más longevo de la historia republicana, y que ha visto aprobadas a lo largo de su devenir las Cartas de 1920, si bien ésta tuvo una vigencia más literaria que efectiva⁽¹⁾, de 1933 y de 1979⁽²⁾.

El 12 de julio de 1979, Víctor Raúl Haya de la Torre, fundador del APRA (Alianza Popular Revolucionaria Americana) en 1924, y a la sazón Presidente de la Asamblea Constituyente, firmaba la Constitución que venía a suponer un punto de inflexión decisivo frente a los gobiernos militares populistas implantados a raíz

(1) **Domingo García Belaunde**: "Teoría y práctica de la Constitución Peruana", tomo I, Editorial y Distribuidora de Libros, Lima, 1989, pág. 129.

(2) Pueden verse en **Domingo García Belaunde**: "Las Constituciones del Perú" Edición Oficial, Ministerio de Justicia, Lima, 1993.

del golpe de Estado del general Velasco Alvarado (1968), al que sustituiría el también general Morales Bermúdez. La Constitución, en efecto, daba paso al restablecimiento de la democracia, como lo corroborarían las elecciones legislativas y presidenciales de mayo de 1980, que darían el triunfo al Partido Acción Popular y la Presidencia de la República a su líder, Fernando Belaunde Terry.

La Constitución de 1979, fruto de un cierto consenso en amplios ámbitos materiales entre el APRA (primera fuerza política de la Asamblea con un 36 por 100, de escaños) y el Partido Popular Cristiano (con un 27 por 100 aproximadamente), sentó las bases para una convivencia democrática. Ciertamente, el funcionamiento de algunas instituciones –y constituye buen ejemplo de ello el Tribunal de Garantías Constitucionales– podría haber mejorado si hubiera sido objeto de determinadas modificaciones, pero, como bien señalara *García Belaunde*⁽³⁾, a la pregunta de si era necesaria una reforma constitucional, estrictamente hablando, debía responderse en el sentido de que no era absolutamente necesaria.

Quiere todo ello ponernos de relieve que la reforma de la Constitución de 1979 –pues de reforma, más que de nueva Constitución, al menos desde una perspectiva material, debe hablarse–, que ha culminado en la Carta Política de 1993, no venía exigida, en sentido estricto, por las fallas del primero de los códigos. Si el autogolpe del Presidente Fujimori, el 5 de abril de 1992, estuvo fuertemente influenciado por su intención de poner fin

(3) **Domingo García Belaunde:** "¿Reforma constitucional?", en el colectivo "La Constitución diez años después", Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1989, págs. 337 y sigs.; en concreto, pág. 350.

a la carencia de una mayoría parlamentaria ligada al Gobierno⁽⁴⁾, la Constituyente que ha llevado a cabo la reforma parece claro que nació con la finalidad de subsanar un golpe de Estado⁽⁵⁾.

Tras la disolución por la vía de los hechos de las legítimas instancias democráticas, el Presidente autogolpista decidió, al amparo de sus poderes absolutos, la convocatoria para la elección de un denominado Congreso Constituyente Democrático, que se llevaría a cabo el 22 de octubre de 1992, de acuerdo con unos comicios democráticamente transparentes, aunque muy mediatizados "de facto" por el golpe de Estado de meses atrás, comicios en los que dos partidos de tanto peso político años atrás como el APRA y Acción Popular decidieron no participar, actitud que se nos antoja políticamente coherente por cuanto no deja de ser una farsa la convocatoria de unas elecciones por quien meses antes ha ignorado la voluntad democráticamente expresada por el cuerpo electoral, ultrajado a sus legítimos representantes y violentado las instituciones por la vía de la pura fuerza.

El triunfo en los comicios de octubre de 1992 de la formación Nueva Mayoría-Cambio 90 no hacía sino proyectar el poder personal del Presidente golpista sobre la "sui generis" Constituyente, cuya labor ha venido presidida por la ausencia de consenso y de diálogo con

(4) En igual sentido, **Francisco Eguiguren Praeli**: "Las relaciones entre Gobierno y Parlamento: elementos para una propuesta de reforma en el Perú", en *Lecturas Constitucionales Andinas*, N° 2 (Formas de gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento), Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993, págs. 158 y sigs.; en concreto, pág. 159.

(5) **Domingo García Belaunde**, en "La Constitución traicionada", obra realizada conjuntamente con Pedro Planas, Seglusa Editores, Lima, 1993, pág. 70.

las fuerzas políticas de oposición, como asimismo por la falta de un clima social auténticamente constituyente, a lo que quizá no sea ajeno el escasísimo margen con que Fujimori ha logrado sacar adelante "su Constitución" en el correspondiente referéndum de ratificación popular, celebrado el 31 de octubre de 1993: un 52'9 por 100 de votos favorable frente a un 47'1 por 100 contrario al texto de la nueva Carta Política, con una abstención total del 27'4 por 100 del cuerpo electoral, siendo de reseñar el triunfo del "no" en trece de los veinticuatro Departamentos en que se divide la República del Perú (Cusco y Arequipa entre ellos), como también la amplia mayoría del 61 por 100, muy superior, pues, a la media nacional, obtenida por la nueva Carta Política en Lima

La "nueva" Constitución del Perú ha operado, de esta forma, como elemento centrífugo, de desunión social, ya que ha dividido casi por la mitad al electorado, algo que, por sí mismo, es posiblemente la peor carta de presentación que puede esgrimir una Asamblea Constituyente en favor de su obra, lo que lógicamente tampoco debe extrañar sobremanera si se advierten los condicionamientos de todo tipo que rigieron la elección del Congreso Constituyente y la propia peculiaridad del proceso de elaboración de la Norma suprema —que *García Belaunde*⁽⁶⁾⁽⁷⁾ tilda de auténtica comedia constitucional—, que en último término se ha orientado a la búsqueda de una reinserción presiden-

(6) **Domingo García Belaunde y Pedro Planas:** en el "Prólogo" de la obra "La Constitución traicionada", op. cit., pág. 12.

(7) Cf. "Del golpe de Estado a la nueva Constitución" *Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 9, Lima, 1993.

cial dentro del sistema democrático formal, así como al unísono, del diseño de un modelo mucho más favorable al Presidente de la República del ya existente en el código constitucional precedente, como tendremos oportunidad de ver más adelante. En definitiva, como una vez más señala con toda razón *García Belaunde*⁽⁸⁾, se ha tratado de perfilar una Constitución "ad hoc" para uso personal del Presidente, que además legaliza una situación "de facto" y, a la par, concentra un amplio elenco de poderes en su persona. En estas condiciones, no parece que la Carta Política de 1993 esté llamada a tener una vida mucho más dilatada que la vida política de su progenitor, el Presidente Fujimori.

2. Rasgos generales del nuevo texto constitucional

Una primera lectura de la Carta constitucional del Perú que acaba de entrar en vigor nos revela el influjo enorme que la Constitución de 1979 ha ejercido sobre ella. La influencia 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 materias puntuales, aunque, desde luego, de notable relevancia. Quiere ello decirnos que, en rigor, no estamos ante una nueva Constitución, sino más bien ante una reforma de la precedente que persigue acomodarla a la peculiar filosofía socio-económica y política de la mayoría dominante en el Congreso Constituyente Democrático, que es tanto como decir, a la particular concepción de gobierno del

(8) *Ibidem*, pág. 14.

Presidente Fujimori. Por lo mismo, se ha llegado a afirmar que la "nueva" Constitución del Perú no es sino un maquillaje, un retoque de la Constitución de 1979, presentada sin embargo como "nueva" Constitución acaso para ocultar la gravedad que revisten algunas de sus escasas innovaciones⁽⁹⁾.

La similitud aludida se manifiesta ya en la propia estructura formal del código constitucional, reflejo fiel del inmediatamente anterior. La Constitución de 1993 se divide en seis Títulos ("De la persona y de la sociedad"; "Del Estado y la Nación"; "Del régimen económico"; "De la estructura del Estado"; "De las garantías constitucionales", y "De la reforma de la Constitución") coincidentes con los ya existentes en la Constitución de 1979, a los que siguen un conjunto de Disposiciones Finales y Transitorias que en la Carta precedente daban lugar, con escaso rigor técnico, a dos nuevos Títulos, el VII y el VIII. Los Títulos se subdividen en Capítulos, siendo de destacar de entre éstos como únicas novedades significativas: la inclusión dentro del Título IV de un nuevo Capítulo referido a la Defensoría del Pueblo y la sustitución del Capítulo referido al Jurado Nacional de Elecciones, por otro relativo al sistema electoral.

El nuevo texto constitucional ha reducido, por contra, y de modo muy sustancial, su articulado, y así de los 307 artículos del código de 1979 se ha pasado a los 206 del actual, a los que hay que añadir dieciséis Disposiciones Finales y Transitorias (frente a las dieciocho Disposiciones Generales y Transitorias de la Carta de 1979). La relevante reducción del articulado tiene su

(9) *Ibidem*, pág. 11.

origen, en lo sustancial, en la notable poda de que han sido objeto los tres primeros Títulos de la Constitución de 1979, que en buena medida responde al desmantelamiento de algunos de los presupuestos del Estado social que contemplaba la anterior Constitución. Con todo, la extensión de la Carta de 1993 es excesiva, si bien es preciso recordar el sustantivo recorte que la misma sufrió en el debate constituyente, dado que el "Anteproyecto de la nueva Constitución" elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático y publicado en el Diario Oficial El Peruano de 20 de mayo de 1993, constaba de un total de 300 artículos, texto que sería tildado con evidente razón de excesivamente largo y aun farragoso⁽¹⁰⁾.

Pero aún habría que añadir a lo anterior una consideración adicional: la gran prolijidad de muchos de los preceptos de la nueva Carta peruana. Puede considerarse ejemplo paradigmático de la misma el caso del art. 2º, que a lo largo de veinticuatro apartados, el último de ellos subdividido a su vez en otros ocho subapartados, procede a enumerar los derechos de la persona. Todo ello, en resumen, nos conduce a la inequívoca conclusión de que estamos ante una Constitución excesivamente extensa, quizá, en ocasiones, cercana a lo reglamentista, con las disfunciones de todo tipo a que ello puede conducir, no siendo las menores, como ha destacado *Quispe Correa*⁽¹¹⁾, las de índole pedagógica, circunstancia que de modo sorprendente contrasta con la regulación

[10] **Domingo García Belaunde**: "La Constitución traicionada", op. cit., pág. 88.

[11] **Alfredo Quispe Correa**: "De la defensa nacional y el orden interno", en "Lecturas sobre temas constitucionales", N° 8, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1992, págs. 70 y sigs.; en concreto, pág. 74.

notoriamente insuficiente que el constituyente peruano de 1979 ha dado a otros ámbitos materiales de innegable trascendencia, como es el caso de todo lo atinente a la descentralización y ordenación de las futuras Regiones autónomas.

En cuanto a las novedades que en el plano material aporta la actual Constitución del Perú respecto de la inmediatamente precedente, hemos de comenzar destacando como novedad más significativa, y que desde luego nos merece un juicio absolutamente negativo, la nueva concepción socio-económica, que nos retrotrae a los esquemas del constitucionalismo liberal del pasado siglo, pues, como advierte *Rubio Correa*⁽¹²⁾, la Constitución ha convertido al Estado en mero gerente de las reglas de juego de la economía de mercado, eliminando prácticamente todas las responsabilidades que, como Estado social de Derecho, se le atribuyeron en el pasado frente a las necesidades insatisfechas de amplios sectores del pueblo, circunstancia que se vincula al hecho de que la "nueva" Carta política peruana conserve tan sólo aquellos derechos constitucionales que no signifiquen costos directos para el Estado. Ello va unido al desmoche de buena parte de las grandes declaraciones de principios y aspiraciones quizá un tanto maximalistas de reforma de la realidad nacional que, como recuerda *Quiroga León*⁽¹³⁾, caracterizaban a la Constitución de 1979.

(12) **Marcial Rubio Correa**: "El modelo del Proyecto Constitucional del Congreso Constituyente y Democrático", en *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima, año LXXXI, N° 1, enero-junio 1993, págs. 11 y sigs.; en concreto, pág. 11.

(13) **Aníbal Quiroga León**: "El modelo de la Constitución de 1979", en el colectivo "La Constitución diez años después", op. cit., págs. 27 y sigs.; en concreto, pág. 32.

Junto al raso precedente, hemos de hacernos eco asimismo del retroceso que el texto supone para el proceso de regionalización emprendido en el Perú al amparo de las previsiones constitucionales de 1979, como igualmente del refuerzo de los poderes del Presidente de la República, que viene a entrañar un grave desequilibrio en la relación entre los diferentes poderes constitucionales. La ampliación de los supuestos en que cabe imponer la pena de muerte y la posibilidad de reelección presidencial son otras tantas novedades especialmente controvertidas y, a nuestro entender, muy poco afortunadas.

Finalmente, la "nueva" Constitución también nos ofrece algunos aspectos que a nuestro juicio han de considerarse positivos como son, entre otros: la ampliación de las garantías constitucionales, la potenciación de aquellos mecanismos que propician la independencia de los jueces, la acogida en su articulado de la institución de la Defensoría del Pueblo, la búsqueda de una mayor eficiencia para la organización electoral del país, el fortalecimiento de las instituciones de la democracia directa o semidirecta, como es el caso del referéndum, y la plasmación en su articulado de una actitud mucho más sensible hacia la realidad social multiétnica del Perú.

Efectuadas estas reflexiones de orden general, nos vamos a centrar en algunos aspectos concretos.

3. El régimen constitucional de los derechos de la persona

I.- La declaración de derechos fundamentales de la persona que la nueva Constitución del Perú acoge en su art. 2º, a lo largo, como ya señalamos, de veinticu-

tro apartados, reproduce casi en su literalidad la redacción del art. 2º del texto inmediatamente precedente, si bien encontramos algunas novedades que conviene destacar.

El Código acoge como nuevos derechos de la persona, entre otros, los que siguen: el derecho de solicitar sin expresión de causa la información que requiera y el de recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal; el derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten a la intimidad personal o familiar; el derecho de los ciudadanos, derivado del de participación en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (único contemplado en 1979), a la elección, remoción o revocación de autoridades, como asimismo el derecho a la iniciativa legislativa y al referéndum; el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida, y, por último, el derecho a la legítima defensa.

En contrapartida, ha desaparecido de esta enunciación de derechos fundamentales de la persona el derecho a alcanzar un nivel de vida que le permita asegurar su bienestar y el de su familia.

Muy significativo asimismo de uno de los ejes inspiradores de la Carta política de 1993 es el reconocimiento, por entero novedoso, del derecho fundamental de toda persona a su identidad étnica y cultural, a cuyo efecto el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación, gozando todo peruano del derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete, derecho del que

gozan asimismo los extranjeros cuando sean citados ante cualquier autoridad.

El reconocimiento de este derecho a la identidad étnica y cultural cobra todo su sentido si se recuerda con *Durán Abarca*⁽¹⁴⁾ que una constante de la historia del Perú ha sido la deformación oficial de la realidad multiétnica y multicultural con actuaciones represivas y discriminatorias de los pueblos quechua, aymara y selvícolas. Pues bien, el art. 48° de la nueva Carta política proclama como idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aymara y las demás lenguas aborígenes, según la ley. Además, el Estado (art. 17) asume el deber de fomentar la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona, preservando las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país y promoviendo la integración nacional.

II.- En materia de derechos políticos hay que destacar, como ya hemos anticipado, el establecimiento del referéndum (artículos 31 y 32) como mecanismo a cuyo través el pueblo, ejerciendo un verdadero derecho, puede pronunciarse directamente sobre uno de estos aspectos: 1) la reforma total o parcial de la Constitución ; 2) la aprobación de normas con rango de ley; 3) las ordenanzas municipales, y 4) las materias relativas al proceso de descentralización. Quedan, sin embargo, vedadas al referéndum: la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona, las normas de carácter tributario o presupuestario y los tratados internacionales en vigor.

(14) **Washington Durán Abarca:** "El Estado Regional peruano. Una propuesta". Editorial Majjosa, Lima, 1992, pág. 55.

El debate político sobre la conveniencia del referéndum no es nuevo en el Perú. En este siglo, ya el Congreso Constituyente de 1933 y la Asamblea de 1979 discutieron el tema, excluyendo de modo expreso la institución referendaria sobre la base de entender que el pueblo peruano no estaba lo suficientemente preparado para asumir constitucionalmente mecanismos de democracia directa o semidirecta. Asumida ahora finalmente esta institución, cabe lamentar que el constituyente no haya sido más preciso a la hora de determinar aspectos tales como el de quién está legitimado para convocar un referéndum y bajo qué supuestos, qué requisitos mínimos, si hubiere de haberlos, de votantes, mayorías, etc. han de fijarse.

Es de destacar asimismo que el derecho de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos no se circunscribe al derecho a ser elegidos y a elegir libremente sus representantes, sino que se materializa igualmente en el derecho a participar en la remoción o revocación de autoridades, en la demanda de rendición de cuentas a las mismas y en la iniciativa legislativa (art. 31).

III.- Es en el ámbito de los tradicionalmente conocidos como derechos sociales o socio-económicos donde más drástico ha sido el desmoche de la ordenación constitucional establecida en 1979, como ya hemos anticipado. *Rubio Correa*⁽¹⁵⁾ subsume muy gráficamente la nueva situación al significar que la concepción que late en el texto es la propia de un Estado-policía del siglo

(15) **Marcial Rubio Correa:** "El modelo del Proyecto constitucional...", op. cit., pág. 11.

XIX, habiéndose buscado por la mayoría del Congreso Constituyente Democrático la práctica eliminación de todo rastro expreso de las obligaciones sociales del Estado presentes en la Constitución de 1979.

Varios aspectos resultan al respecto especialmente significativos:

- a) La eliminación de la amplia descripción contemplada por el art. 13° de la anterior Constitución, del objeto de la seguridad social, o, si se prefiere, de la cobertura de riesgos a que aquélla debía hacer frente, circunstancia que ahora se obvia mediante una insuficiente referencia a la "protección frente a las contingencias que precise la ley" (art. 10° de la Constitución de 1993).
- b) La supresión de la obligación que en el art. 18° de la Carta de 1979 asumía el Estado de atender preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación.
- c) La supresión de la importante previsión constitucional (art. 39° de la Constitución anterior) de destinar a educación un mínimo del 20 por 100 de los recursos ordinarios presupuestarios en cada ejercicio.
- d) La desaparición del derecho, anteriormente reconocido, de los trabajadores a las gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios que señalen la ley o los convenios colectivos.
- e) La ausencia de toda referencia al deber del Estado de dictar medidas sobre higiene y seguridad en el trabajo, deber previsto por el art. 47° de la Carta anterior. Y,

- f) La omisión de todo compromiso estatal sobre la necesidad de propiciar la creación de un Banco de los trabajadores y de otras entidades de crédito para su servicio, prevista en el art. 53° de la anterior Constitución de 1979.

En definitiva, mientras, como se ha señalado⁽¹⁶⁾, la Constitución de 1979 postulaba un Estado de bienestar muy marcado, de apoyo social y vocación asistencial en favor de los sectores menos favorecidos, la "nueva" Carta peruana muestra una notable falta de sensibilidad, frente a los postulados básicos que demanda el Estado social y que son mucho más necesarios aún en un país con las enormes desigualdades sociales que presenta el Perú.

En todo caso, conviene señalar que en un ámbito tan extraordinariamente relevante como es el educativo, se ha mantenido buena parte de los postulados constitucionales del texto anterior como son, entre otros: 1) el reconocimiento constitucional de que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana; 2) el reconocimiento y garantía por parte del Estado de la libertad de enseñanza; 3) la asunción como deber propio del Estado de la promoción del desarrollo científico y tecnológico del país; 4) la obligatoriedad y gratuidad (en las instituciones del Estado) de la educación inicial, primaria y secundaria, y 5) la obligatoriedad por parte del Estado de coordinar la política educativa... etc. En esta misma dirección, el art. 16° de la Carta de 1993 establece, en lo que constituye una novedosa previsión, que es deber del Estado ase-

(16) **Domingo García Belaunde**: "Esquema de la Constitución Peruana", Ediciones Justo Valenzuela, tomo II. Lima, 1992, pág. 49

gurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas. En el nivel de la enseñanza universitaria, el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente, en las Universidades públicas, a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación (art. 17°), lo que supone la posibilidad de eliminar la educación gratuita que ya existía.

Finalmente, una de las previsiones constitucionales más controvertidas ha sido la del último párrafo del art. 19°, a cuyo tenor: "Para las instituciones educativas privadas que generen ingresos que por ley sean calificados como utilidades puede establecerse la aplicación del impuesto a la renta". Frente al régimen impositivo previsto por la anterior Carta fundamental (en su art. 32°) respecto de los centros educativos, caracterizado por la pura y simple exención de todo tributo, al margen ya de que el centro fuese público o privado, la hoy vigente Norma suprema del Perú prevé la posibilidad de gravar fiscalmente a las instituciones educativas privadas, cualquiera que fuere su nivel educativo, universitario o de nivel inferior, siendo suficiente para ello el hecho de que generen ingresos, previsión que se nos antoja, en verdad, discriminatoria y poco coherente con lo que debiera ser una política educativa de impulso a la educación en todos los niveles, con absoluta independencia de que la misma se imparta en centros públicos o privados.

IV.- Una de las innovaciones constitucionales que más ardua controversia ha suscitado es la ampliación

de los supuestos delictivos en que cabe aplicar la pena de muerte. Aunque la Constitución, con escasa fortuna técnica a nuestro entender, contempla este punto en un artículo (el art. 140º) que se ubica dentro del Capítulo relativo al Poder Judicial, creemos que es aquí, dentro del análisis referente al tratamiento constitucional de los derechos, donde tiene mayor sentido abordar el estudio de esta controvertida novedad.

En el Perú, las Constituciones del pasado siglo, como también las de 1920 y 1933, contemplaron la pena de muerte, que fue reglamentada a fines de la década de los cuarenta, aplicándose con mucha frecuencia por los Gobiernos militares que precedieron a la Constituyente de 1978-1979. Es por lo mismo, esto es, como rechazo a este recurso frecuente e indiscriminado a la pena de muerte, por lo que los constituyentes de 1979 partieron de la regla general (acogida en el art. 235º) de que "no hay pena de muerte", principio frente al que establecieron una única salvedad: el supuesto de delito de traición a la Patria en caso de guerra exterior. Esta previsión ha sido alterada por el art. 140º de la vigente Constitución, de conformidad con el cual: "La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la Patria en caso de guerra y el de terrorismo conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada". Es decir, no sólo se ha ampliado a los delitos de terrorismo la posible aplicación de la pena capital, sino que la propia redacción del precepto parece marcar una orientación muy diferente a la de su análogo de 1979.

Por otra parte, la referencia que en el citado artículo se efectúa a los tratados de los que el Perú es parte obligada tan sólo conduce a acentuar la incongruencia

y la falta de acomodo y de respeto de la nueva Norma suprema del Perú con esos mismos tratados a los que alude el referido precepto. En efecto, el art. 4°. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoria de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito, para añadir finalmente que: "Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente". Esta previsión, bastante inequívoca, ha sido interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en su opinión consultiva 3-1983, en el sentido de que la Convención lo que expresa a través del referido precepto es una clara nota de progresividad consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las previsiones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión total.

A la vista de lo expuesto, resulta evidente que el Perú, como país signatario del Pacto de San José de Costa Rica, se ha comprometido a no extender el ámbito objetivo de la pena de muerte a nuevas figuras delictivas, con lo que, como se ha afirmado⁽¹⁷⁾, una de las posibles derivaciones lamentables de la ampliación de la pena de muerte es que el Perú llegue finalmente a apartarse de la Convención Americana sobre Dere-

(17) **Marcial Rubio Correa:** "El modelo del Proyecto constitucional...", op. cit., pág. 13.

chos Humanos, lo que sería un grave retroceso en la política nacional sobre derechos humanos de largo plazo. Por lo demás, la determinación del art. 140 de la nueva Carta política, a nuestro modo de ver, resulta totalmente contradictoria con el enunciado del art. 4°. 2 del citado Pacto Internacional.

V.- Una de las novedades positivas de la Constitución de 1993 es la creación de la institución de la Defensoría del Pueblo, objeto del Capítulo undécimo del Título IV, pero que, a la vista de su función esencial, de defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, vamos a analizar aquí.

Conviene comenzar señalando que la Constitución de 1979 atribuía al Ministerio Público, entre otras muchas, la función de actuar como defensor del pueblo ante la Administración Pública, función que complementaría con posterioridad en forma similar a las de los **Ombudsmen** europeos. Sin embargo, no faltarían intentos de independizar la figura del Defensor del Pueblo, de lo que es buen ejemplo la propuesta del excongresista *Enrique Bernales* de atribuir al Congreso la elección en su seno del Defensor del Pueblo, sobre la base de la consideración de que se trataba de una institución instrumental del Parlamento cuya función era la defensa del ciudadano frente a los excesos de la Administración, complementando la función de fiscalización propia del Parlamento, dentro de una directa interrelación Parlamento-sociedad⁽¹⁸⁾.

(18) **Enrique Bernales B.:** "Parlamento y reforma constitucional", en "Lecturas sobre temas constitucionales", N° 8, Lima, 1992, págs. 39 y sigs.; en concreto, pág. 41.

La doctrina se iba a manifestar en el mismo sentido. Y así, mientras *García Belaunde*⁽¹⁹⁾ entendía que debía crearse como figura independiente la Defensoría del Pueblo, pues su inclusión dentro del Ministerio Público no sólo era inadecuada, sino que había traído desfases, malentendidos e ineficacia, *Fernández-Maldonado* y *Melo-Vega*⁽²⁰⁾ se manifestaban en una línea análoga a la defendida por *Bernales* en su propuesta de reforma constitucional, proclive por tanto a que el Defensor del Pueblo se ubicara dentro de la esfera del Parlamento, pues se trataba de una institución que a juicio de estos autores complementaba la función de fiscalización propia del Parlamento.

Así las cosas, la "nueva" Carta política dedica dos artículos (artículos 161 y 162) a la Defensoría del Pueblo, institución autónoma cuya estructura se ha de establecer por ley orgánica, pero que, en todo caso, debe ajustarse a los rasgos que siguen:

- La elección y remoción del Defensor del Pueblo se ha de llevar a cabo por el Congreso con el voto de los dos tercios de su número legal de miembros.
- Se requiere para poder ser elegido haber cumplido 35 años de edad y ser abogado.
- El cargo tiene una duración de cinco años.
- El Defensor del Pueblo no está sujeto a mandato imperativo; goza de idénticas inmunidades y

(19) **Domingo García Belaunde**: "¿Reforma constitucional?", en el colectivo "La Constitución diez años después", op. cit., págs. 337 y sigs.; en concreto, pág. 352.

(20) **Guillermo Fernández-Maldonado** y **Jorge Melo-Vega**: "Las propuestas de reforma constitucional", en el colectivo, "La Constitución diez años después", op. cit., págs. 359 y sigs.; en concreto, pág. 411.

- prerrogativas que los congresistas y tiene las mismas incompatibilidades que los vocales supremos.
- Corresponde al Defensor del Pueblo, además de la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.
 - El Defensor del Pueblo viene obligado a presentar un informe anual al Congreso, como asimismo habrá de presentarlo en cada ocasión en que el propio Congreso lo solicite.
 - Por último, se atribuye al Defensor del Pueblo la iniciativa en la formación de las leyes, como también la propuesta de las medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones.

4. La Constitución económica.

Los rasgos principales que caracterizaban a la Constitución económica en 1979 eran, en esencia, los siguientes:

- 1) Reconocimiento del pluralismo económico, garantizado por el propio Estado, lo que es tanto como decir que la economía nacional se sustentaba en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.
- 2) Proclamación constitucional de un régimen de economía social de mercado en el que la iniciativa privada, que era libre, había de ser estimulada y reglamentada por el Estado con la finalidad de armonizar su ejercicio con el interés social. La fórmula "economía social de mercado" fue consensuada

entre el Partido Aprista y el Partido Popular Cristiano, como bien recuerda *Ochoa*, no en un sentido neoliberal, sino en el más propio de una economía socializada que mediante instrumentos extra-mercado, como la planificación concertada y el concepto de interés social, permitieran una acción reguladora del Estado que orientara al mercado a cumplir fines que no puede conseguir por sí mismo, pero que, en cualquier caso, habían de dotarle de un horizonte social⁽²¹⁾.

- 3) Consagración constitucional del Estado como empresario y como interventor de la vida económica en determinados sectores por causa de necesidad nacional.
- 4) Recurso a los planes de desarrollo para que el Estado formulara a su través la política económica y social, planes que habían de regular la actuación del sector público y orientar en forma concertada la actividad de los demás sectores, siendo la planificación, una vez concertada, de cumplimiento obligatorio.
- 5) Rechazo constitucional del monopolio y oligopolio en materia de medios de comunicación, circunstancia que se explica, como la doctrina significó en su momento⁽²²⁾, por los frecuentes abusos

(21) **César Ochoa**: "Economía y Constitución" [La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución Peruana de 1979], en **(Francisco Eguiguren Praell** (dir.), "La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación", Cultural Cuzco Editores, Lima, 1987, págs. 613 y sigs.; en concreto, págs. 672-673.

(22) **Domingo García Belaunde**: "La Constitución económica en el Perú actual", en "Ius et Praxis", N° 10, diciembre 1987, Universidad de Lima, págs. 75 y sigs.; en concreto, pág. 86.

producidos en la época militar, al capturar el Estado diarios y canales de televisión.

- 6) Por último, papel fundamental en el ámbito socio-económico del Banco Central de Reserva, considerado⁽²³⁾ como una especie de motor del sistema económico por cuanto no sólo le correspondía emitir billetes, sino que era de su competencia asimismo la regulación de la moneda, de los intereses, del mercado de divisas y de la actividad importadora y exportadora.

Los rasgos que acabamos de enunciar conducen a la conclusión de que el modelo económico consagrado por la Carta de 1979, aun no siendo decididamente socialista o afín, puesto que, entre otros aspectos, permitía la propiedad privada de los medios de producción, tampoco se inspiraba en los viejos y caducos criterios liberales, pudiéndose, en definitiva, calificar con *García Belaunde*⁽²⁴⁾ como un modelo económico neoliberal⁽²⁵⁾, tesis que nosotros completaríamos poniendo de relieve la existencia de un componente constitucional de hondo significado social.

La "nueva" Constitución del Perú ha alterado de modo más que notable el modelo económico al optar, lisa y llanamente, por un modelo ortodoxamente liberal⁽²⁶⁾,

(23) *Ibidem*.

(24) **Domingo García Belaunde**: "Teoría y práctica de la Constitución Peruana", tomo II, Ediciones Justo Valenzuela, Lima, 1993, pág. 95.

(25) Esta tesis es compartida, entre otros, por **Francisco Eguiguren Fraeli**: "Los retos de una democracia insuficiente" (Diez años de régimen constitucional en el Perú. 1980-1990), Comisión Andina de Juristas-Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1990, pág. 41.

(26) En el mismo sentido, **Marcial Rubio Correa**: "El modelo del Proyecto Constitucional", op. cit., pág. 13.

aunque su art. 58° siga determinando que la iniciativa privada, que es libre, se ejerce en una economía social de mercado. Del nuevo modelo podemos destacar los siguientes aspectos:

- a. Desaparición de todo principio valorativo inspirador del régimen económico. En efecto, mientras el art. 110 de la Carta de 1979, norma de apertura del Título relativo al régimen económico, proclamaba que dicho régimen se fundamentaba 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, tal precepto ha sido sin más suprimido de la nueva Constitución.
- b. Privatización generalizada de la vida económica por cuanto la nueva Carta fundamental guarda un elocuente silencio sobre muchas de las funciones que antes correspondía realizar al Estado. El contraste aparece puesto de relieve con nitidez si se comparan dos preceptos: el art. 113 de la Constitución de 1979, a cuyo tenor: "el Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo", y el párrafo segundo del art. 60 de la nueva Carta, que dispone de modo taxativo que "sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional". Además de esta nueva visión del Estado, enormemente restrictiva, ha desaparecido del nuevo

- código político la posibilidad de reservar por ley, por causa de interés social o seguridad nacional, al Estado, actividades productivas o de servicios.
- c. El Estado se convierte ahora en un mero vigilante de la libre competencia, que ha de facilitar, combatiendo toda práctica que la limite, como asimismo el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Más aún, la Constitución veda expresamente a la ley la posibilidad de que autorice o establezca monopolios (art. 61, párrafo primero).
 - d. La libertad de contratación se convierte en inmune a la ley por cuanto, de conformidad con el art. 62, los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Es más, los contratos-ley, mediante los cuales el Estado puede establecer garantías u otras seguridades, no pueden ser modificados legislativamente.
 - e. Frente al tratamiento constitucional diferenciado de la inversión nacional y extranjera contemplado por la Carta de 1979, cuyo art. 137 habilitaba al Estado para autorizar, registrar y supervisar la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea, siempre que estimularan el empleo, la capitalización del país y la participación del capital nacional, contribuyendo al desarrollo en concordancia con los planes económicos, la Constitución de 1993 (en su art. 63) establece taxativamente que la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones, añadiendo que la producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Sólo si otro

- pais o países adoptaran medidas proteccionistas o discriminatorias perjudiciales para el interés nacional, el Estado podrá adoptar medidas análogas.
- f. Se garantiza constitucionalmente la libre tenencia y disposición de moneda extranjera (art. 64).
 - g. La propiedad privada resulta sobreasegurada respecto de las determinaciones constitucionales anteriores. Baste con señalar que el art. 70, norma de apertura del Capítulo relativo a la propiedad, se abre con la proclamación de que el derecho de propiedad es inviolable. Su ejercicio debe armonizarse con el bien común, no con el interés social, como el art. 124 de la Carta anterior disponía, matiz que tiene su interés. Por lo demás, la nueva Constitución no sólo ha obviado la posibilidad de que en ciertos supuestos (guerra, calamidad pública, reforma agraria... etc.) el pago de la indemnización que corresponda con ocasión de una expropiación de la propiedad pueda hacerse en bonos de aceptación obligatoria y no sólo en efectivo (como disponía el último párrafo del art. 125 de la anterior Constitución), previendo de modo inexcusable que toda expropiación requiere el previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio, sino que, de otro lado, ha dispuesto de modo específico que hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.
 - h. Finalmente, el nuevo código constitucional omite cualquier referencia a los mecanismos de plani-

ficación tanto para el sector público como para el privado, si bien el art. 58, con el que se abre el Título dedicado al régimen económico, establece que el Estado orienta el desarrollo del país, previsión que podría posibilitar un sistema de planificación meramente indicativa y concordante con el régimen de economía de mercado, aunque no parece que haya sido ésta la idea del constituyente.

A la vista de estos rasgos caracterizadores de la "Constitución económica" parece que el constituyente, en realidad, lo que ha pretendido es que el Estado se limite a cumplir un rol vigilante de las reglas de juego, ocupándose principalmente de proteger al consumidor y de actuar en áreas de promoción del empleo, de la salud y seguridad de la población, de la educación, de los servicios públicos y de la infraestructura. Estamos ante un modelo clásicamente liberal que aunque se autocalifique como de "economía social de mercado", adjetivo éste, el de "social", que fue incorporado no sin notable debate en el seno del Congreso Constituyente Democrático, ya que en un primer momento la mayoría del Congreso se oponía a su inclusión en la Constitución, la realidad es que esa calificación no se traduce en el ámbito constitucional en unas consecuencias concretas.

5. Los órganos constitucionales de gobierno

Vamos a contemplar en este punto el Congreso, el Presidente de la República, el Consejo de Ministros y las relaciones entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, para abordar finalmente el Poder Judicial.

A) El Congreso

La gran innovación que introduce en relación con el Poder Legislativo la Carta de 1993 es la reconversión del anterior Congreso bicameral, integrado por la Cámara de Diputados y el Senado, en un Congreso de Cámara única (art. 90) del que forman parte 120 diputados (frente a los 180 de la Cámara de Diputados preexistente) que son elegidos por un período de cinco años. Ello supone la desaparición del Senado, que en el Código de 1979 quedaba integrado por un total de 60 miembros elegidos por las Regiones por un período de cinco años, a los que se añadían, como senadores vitalicios, los ex-Presidentes constitucionales de la República.

El debate en torno al bicameralismo-unicameralismo se ha acentuado en los últimos años en el Perú, siendo de significar la existencia de un sector doctrinal importante que se pronunciaba de modo inequívoco en pro del unicameralismo. Así, para *Valle-Riestra*⁽²⁷⁾, la racionalización parlamentaria por excelencia es el unicameralismo, mientras que, a juicio de *Landa*⁽²⁸⁾, el sistema bicameral adolece de determinadas inconveniencias que pueden ser superadas por un sistema unicameral.

En cualquier caso, la polémica en torno a la funcionalidad de cada una de esas modalidades de estructura parlamentaria carece de sentido en abstracto; para que tenga algún significado, debe de ponerse en conexión

(27) **Javier Valle-Riestra**: "El fracaso de la Constitución", en "Lecturas sobre temas constitucionales", N° 8, op. cit., págs. 13 y sigs.; en concreto, pág. 13.

(28) **César R. Landa Arroyo**: "El proceso de formación contemporánea del Estado peruano", en el colectivo, "La Constitución diez años después", op. cit., págs. 45 y sigs.; en concreto, pág. 65.

con el conjunto del marco constitucional y con la propia realidad del país, y desde este punto de vista nos parece que la conveniencia de haber profundizado en el proceso de regionalización —cuya primera propuesta se remonta a *Victor Andrés Belaunde* y al Anteproyecto de Constitución de 1931, en el que el gran jurista peruano *Manuel Vicente Villarán* defendió la regionalización como método para unificar las fuerzas vivas, lamentablemente dispersas, del Estado peruano— exigía el mantenimiento de un Senado diseñado, tanto en su estructura como en sus funciones, como cámara de representación territorial o, si se prefiere, regional.

La Constitución de 1979 estableció un sistema de descentralización del poder y el Gobierno del Presidente Alan García casi culminó el proceso de regionalización en provincias, aunque no así en Lima. Este proceso ha sido frenado por la nueva Constitución. Como advirtiera *García Belaunde*, en referencia al texto del Proyecto de Constitución, sorprende la facilidad con que se suprimió no sólo la regionalización, sino cualquier forma de descentralización administrativa, inclusive a través de gobiernos departamentales⁽²⁹⁾. Esta afirmación tenía pleno sentido a la vista del Anteproyecto publicado en "El Peruano" el 20 de mayo de 1993, que en esta materia se limitaba a contemplar un Capítulo sobre la descentralización, que se había de desarrollar sobre la base de los gobiernos municipales, a los que se otorgaba autonomía en los asuntos de su competencia conforme a la ley.

(29) **Domingo García Belaunde**: "La Constitución tralcionada", op. cit., pág. 165.

Este diseño absolutamente constrictivo del principio de autonomía regional sería notablemente modulado por el texto final de la Constitución, que en último término ha procedido a dividir el territorio de la República en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada (art. 189). Las Regiones se constituyen por iniciativa y mandato de las poblaciones pertenecientes a uno o más departamentos colindantes. El cambio de perspectiva del constituyente ha sido más que notable, si bien no se nos puede ocultar que es el texto del Anteproyecto el que mejor refleja su posición, objeto de ulteriores reformas en buena medida por la propia presión de la opinión pública y de las críticas doctrinales y políticas vertidas frente a tal despropósito inicial.

La redacción final del código constitucional atribuye a las Regiones no sólo autonomía económica y administrativa, como hacía el art. 261 de la anterior Constitución, sino también autonomía política en los asuntos de su competencia. Bien es verdad que la ordenación constitucional de la estructura orgánica de las Regiones es bien poco clara y no resulta, por lo menos a la vista del articulado, muy coherente con el reconocimiento de la autonomía política de aquéllas.

En efecto, mientras el art. 264 de la Carta política precedente consideraba como órganos de gobierno regional la Asamblea Regional, el Consejo Regional y la Presidencia del Consejo, siendo la Asamblea elegida por sufragio directo, el art. 198 de la nueva Constitución enuncia como máximas autoridades de la Región: el Presidente y el Consejo de Coordinación Regional.

Mientras respecto del Presidente se precisa que es elegido por sufragio directo por un período de cinco años, siendo reelegible, lo que nos recuerda las previsiones establecidas respecto del Presidente de la República, bien poco se precisa en relación al Consejo de Coordinación Regional, integrado por el número de miembros que señale la ley, siendo los alcaldes provinciales miembros de pleno derecho del mismo, y habiendo desaparecido, pues, toda referencia a una Asamblea Regional, que no parece haya de entenderse sustituida por el Consejo de Coordinación, pues éste se nos presenta como un órgano más bien ejecutivo. Este silencio constitucional sobre el órgano de representación de cada Región es una muestra significativa de las incongruencias que en este ámbito presiden la ordenación constitucional, fruto lógicamente de la escasa creencia del constituyente en el principio de autonomía política territorial.

Pese a los silencios advertidos, el reconocimiento de la autonomía política de las Regiones, en rigor, debiera traducirse no sólo en la asunción por las mismas de unos determinados ámbitos competenciales, sino, asimismo, en la canalización de su participación en la conformación de la voluntad del Estado a través de un órgano representativo de las Regiones, esto es, de un órgano de representación territorial que en puridad debiera ser el Senado. Desde esta óptica, la supresión de la Cámara Alta entraña una notabilísima incongruencia, sólo comprensible desde el planteamiento centralista y un tanto autocrático que está en la misma base de elaboración de la Norma suprema del Perú, y que, en lo que ahora interesa, tuvo su reflejo más clarividente en el texto del Anteproyecto de Constitución.

Retornando tras el excursus al Congreso propiamente dicho, hay que señalar el endurecimiento del régimen de incompatibilidad que la Constitución de 1993 introduce, al disponer su art. 92 que la función de congresista es de tiempo completo, estando prohibido a los miembros del Congreso desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso. La finalidad que se persigue, a nuestro juicio, es enteramente loable, si bien es evidente que resulta desvirtuada al circunscribir la incompatibilidad, por lo menos en parte, a las horas de funcionamiento del Congreso, previsión un tanto absurda.

La Carta de 1993 ha potenciado las funciones de la Comisión Permanente del Congreso, de lo que constituye buen ejemplo el hecho de que el art. 99 atribuya a dicha Comisión la iniciativa —que el art. 183 de la anterior Carta suprema reservaba a la propia Cámara de Diputados— de acusar ante el Congreso (en la Constitución de 1979 ante el Senado), entre otros altos cargos, al Presidente de la República, a los Ministros de Estado, a los miembros del Tribunal Constitucional, a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura... etc., por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas⁽³⁰⁾. El art. 100 de la Constitución vigente otorga al Congreso, sin participación de la Comisión

(30) En la dirección de otorgar mayor fuerza a la labor que compete a la Comisión Permanente se había pronunciado algún sector doctrinal, como es el caso de **Domínguez García Belaunde**, en "¿Reforma constitucional?", op. cit., pág. 351.

Permanente, la decisión de suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad.

Mientras la Comisión Permanente en la anterior Constitución era un órgano mixto, esto es, integrado por miembros de las dos Cámaras (cinco senadores y diez diputados), en la actual, como venía exigido por la estructura unicameral del Poder Legislativo, dicha Comisión queda integrada por miembros del Congreso, elegidos por éste, en un número que la Constitución no precisa, pero que sí delimita negativamente (art. 101): no ha de exceder del 25 por 100 del número total de congresistas, debiendo ser proporcional al de los representantes de cada grupo parlamentario.

En el marco de ese fortalecimiento de la Comisión Permanente a que antes nos referíamos hay que situar algunas de sus atribuciones a que se refiere el art. 101 de la Constitución, y entre ellas: la designación del Contralor General, a propuesta del Presidente de la República y la ratificación de la designación del Presidente del Banco Central de Reserva y del Superintendente de Banca y Seguros. A la vista de todo ello bien puede decirse que la Comisión Permanente parece reemplazar al antiguo Senado.

La nueva Carta política del Perú no ha ampliado, por contra, las atribuciones del Congreso, lo que casa a la perfección con la idea claramente latente en el Congreso Constituyente Democrático de acentuar la primacía o liderazgo presidencial. Tan sólo aludiremos a que el art. 102 atribuye al Congreso la facultad de acordar, prestando al efecto su consentimiento, el in-

greso de tropas extranjeras en el territorio de la República, siempre que no afecte, en forma alguna, a la soberanía nacional, como asimismo la de autorizar al Presidente de la República para salir del país.

Si, como se ha destacado⁽³¹⁾, el funcionamiento del Parlamento durante los años de vigencia de la Constitución de 1979 ha demostrado severas disfunciones, evidenciando la necesidad de convertirlo en una institución más dinámica⁽³²⁾, la nueva Constitución no ofrece atisbos de que vaya a alterarse la realidad anterior, con la única salvedad quizá de lo relativo al fortalecimiento de las relaciones entre el Consejo de Ministros y el Congreso.

En el ámbito de la función legislativa, hay que destacar fundamentalmente la notable ampliación del derecho de iniciativa legislativa. Mientras la Carta anterior reservaba este derecho (en su art. 190) a los senadores, a los diputados y al Presidente de la República, así como también, en las materias que les fueren propias, a la Corte Suprema de Justicia y al órgano de gobierno de la región, la vigente Constitución (art. 107), a la par que mantiene en el Presidente de la República y en los congresistas la titularidad del ejercicio de ese derecho, lo amplía, en las materias que les son propias, a los otros poderes del Estado, las instituciones públi-

(31) **Guillermo Fernández-Maldonado** y **Jorge Melo-Vega**: "Las propuestas de reforma constitucional", op. cit., pág. 409.

(32) "El nuestro —dirá **Bernales**— ha sido un Parlamento ineficiente. En él primó el artificio, más que la esencia; el procedimiento más que la materia" (**Enrique Bernales B.**: "Parlamento y reforma constitucional", en "Lecturas sobre temas constitucionales", N° 8, op. cit., págs. 39 y sigs.; en concreto, pág. 39).

cas autónomas, los municipios, los colegios profesionales y los ciudadanos, que lo ejercen de conformidad con lo previsto legalmente. Particularmente significativo es el reconocimiento constitucional de la iniciativa legislativa popular, que se enmarca en ese común denominador, que en cierto modo late en el articulado constitucional, de incentivar la participación popular en las instituciones a través de muy dispares mecanismos, de entre los que descuellan los propios de las instituciones de democracia directa o semidirecta.

En el mismo ámbito de la función legislativa son de destacar dos novedades de interés: de un lado, la interdicción de delegar en el Poder Ejecutivo aquellas materias que sean indelegables en la Comisión Permanente, a la que corresponde ejercitar la delegación de facultades legislativas que el Congreso le otorgue (art. 104), y de otro, la delimitación material de la figura de la ley orgánica, ya que, de conformidad con el art. 106, mediante ley orgánica se han de regular la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado constitucionalmente previstas, así como también las restantes materias cuya regulación por ley orgánica se establezca en la Constitución. Quiere ello decirnos que la ley orgánica parece quedar restringida en el orden material, mientras que la anterior Constitución nada preveía al respecto. En un plano de trascendencia menor, cabe señalar asimismo la novedad que supone el art. 109 cuando dispone que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, mientras que la Carta de 1979 establecía la obligatoriedad desde el decimosexto día ulterior a su publicación en el Diario Oficial.

B. El Presidente de la República

I. Recuerda Lambert⁽³³⁾ que el principio más comúnmente admitido por las Constituciones de América Latina es el de la elección del Presidente a través del sufragio universal directo, aun cuando tal regla no se diera en el pasado, en donde, como consecuencia de la influencia de la Constitución norteamericana, prevaleció un sistema de elección presidencial a través del sufragio indirecto a doble grado.

La nueva Constitución del Perú, al igual que la inmediatamente precedente, se ajusta a tal pauta general, disponiendo (art. 111) que el Presidente de la República se elige por sufragio directo, resultando electo el candidato que obtenga más de la mitad de los votos, precisando, a efectos del cómputo, que los votos viciados o en blanco no se computan, con lo que se trata de evitar por el constituyente la reproducción de los problemas hermenéuticos que se suscitaron durante la vigencia de la Carta de 1979, que se refería tan sólo a los votos "válidamente emitidos", lo que generó la duda de si los votos nulos o en blanco habían de considerarse "válidamente emitidos"⁽³⁴⁾. De no resultar electo ningún candidato en esta primera elección, la Constitución de

(33) **Jacques Lambert**: "América Latina. Estructuras sociales e instituciones políticas", Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1970, pág. 519.

(34) La Ley 23.093, en el párrafo primero de su art. 6º, y a efectos de la elección del Presidente, consideró como "votos válidamente emitidos" no sólo los afirmativos, sino también los nulos y los votos en blanco. Ello dio lugar pues a una acción de inconstitucionalidad que finalmente, tras una controvertidísima sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales, no prosperó. Cfr. al efecto, **Domingo García Belaunde**: "Una democracia en transición (Las elecciones peruanas de 1985)" en Cuadernos CAPEL, N° 16. San José de Costa Rica, 1986, págs. 40 y ss.

1993 mantiene el recurso a una segunda vuelta a la que podrán concurrir los candidatos que hubieren obtenido las dos más altas mayorías relativas.

El problema de más envergadura política y de mayor debate se iba a plantear en el Congreso Constituyente Democrático en relación al tema de la reelección presidencial.

La elección directa del Presidente le confiere a esta magistratura una legitimidad equiparable a la que cabe atribuir al Congreso, y ello, es claro, potencia extraordinariamente el campo de maniobra presidencial, ya de por sí muy extenso a la vista de las atribuciones que la norma fundamental le confiere. En este marco, se comprende que tradicionalmente se haya configurado como una garantía eficaz frente al peligro de un poder autocrático la interdicción de la reelección en el cargo. En esta misma dirección, *Sánchez Agesta*, a la vista del haz amplísimo de poderes que reúnen los Presidentes americanos, ha considerado⁽³⁵⁾ que los únicos frenos eficaces frente a tal concentración de poder son las limitaciones temporales del poder y la no reelección. Y *Restrepo Piedrahíta*⁽³⁶⁾ entiende que la reelección presidencial, aun después de un periodo intermedio, no es una buena institución política, porque auspicia la consolidación de liderazgos ex-presidenciales, con afectación sobre el desenvolvimiento partidista. A su vez, para *Carpizo*⁽³⁷⁾, el

(35) **Luis Sánchez Agesta**: "La democracia en Hispanoamérica", Rialp, Madrid, 1987, págs. 211-212.

(36) **Carlos Restrepo Piedrahíta**: "Evolución político-constitucional en América Latina (1950-1975)", UNAM, México, 1978, vol. II, pág. 112.

(37) **Jorge Carpizo**: "El presidencialismo mexicano", Siglo XXI de Editores, México, 1978, pág. 59.

principio de no reelección es una de las principales reglas de juego del sistema mexicano, de forma tal que, a su juicio, si la misma se alterara, se modificaría el equilibrio sobre el que se sustentan las bases del sistema político mexicano, reflexión que a nuestro entender trasciende el ámbito político estrictamente mexicano. Por lo demás, aunque las respuestas constitucionales latinoamericanas a esta problemática son disímiles, como recuerda *Quiroga Lavié*,⁽³⁸⁾ lo cierto es que los países con mayor tradición constitucional coinciden en el rechazo de la reelección al menos inmediata, si bien, en nuestros días, parece detectarse una cierta tendencia a alterar este principio general.

Con ciertos matices, creemos que puede sostenerse que la pauta doctrinal generalizada de rechazo a la reelección que se aprecia en la doctrina constitucional latinoamericana, se constata igualmente en el Perú, en donde algún sector doctrinal⁽³⁹⁾ llegó a calificar de actitud totalitaria de copar el poder, los intentos de algunos sectores del APRA, bien visibles en el año 1986, de modificar la Constitución con el fin de posibilitar la reelección presidencial, haciendo factible un nuevo mandato del Presidente Alan García. A su vez, *Eguiguren*,⁽⁴⁰⁾ comentando el sistema vigente con la Carta anterior, reflexionaba en el sentido de entender la no reelec-

[38] **Humberto Quiroga Lavié**: "Derecho Constitucional Latinoamericano", UNAM, México, 1991, págs. 271-272.

[39] **Guillermo Fernández-Maldonado** y **Jorge Melo-Vega**: "Las propuestas de reforma constitucional", op. cit., págs. 407-408.

[40] **Francisco Eguiguren Praeli**: "Reforma constitucional y Poder Ejecutivo", en "Lecturas sobre temas constitucionales", N° 8, op. cit., págs. 34 y sigs.; en concreto, pág. 37.

ción inmediata como un buen mecanismo de control y, por lo mismo, como un sistema correcto, si bien manifestaba sus dudas respecto a la conveniencia de la prohibición definitiva de la reelección presidencial, considerándola absurda al limitar el derecho del pueblo a elegir a quien creyera más idóneo para el cargo. Por lo demás, no cabe olvidar que, como ha constatado *García Belaunde*,⁽⁴¹⁾ la historia constitucional del Perú nos revela los sucesivos fracasos a que han conducido los intentos de reelección presidencial.

La Constitución de 1979 disponía en su art. 204.1 que no podía postular a la Presidencia de la República, ni a las Vicepresidencias, el ciudadano que, por cualquier título, ejerciera la Presidencia de la República al tiempo de la elección o la hubiere ejercido dentro de los dos años precedentes. Frente a tales previsiones, el art. 112 de la nueva Carta política, tras fijar en cinco años el periodo de mandato presidencial, dispone que el Presidente puede ser reelegido de inmediato para un periodo adicional. Transcurrido otro periodo constitucional, como mínimo, el ex-Presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones. Quiere ello decirnos que la nueva ordenación constitucional se inclina no sólo por la reelección inmediata, sino por la reelección casi indefinida con la sola salvedad de dejar en blanco un mandato presidencial por cada dos mandatos de ejercicio efectivo de la Presidencia de la República.

La defensa de la irreelegibilidad inmediata, como hemos tenido oportunidad de advertir, se apoya en la

(41) **Domingo García Belaunde**: "La Constitución traicionada", op. cit., pág. 37.

necesidad de equilibrar el excesivo poder presidencial, circunstancia que se ha acentuado tradicionalmente en el Perú, en donde, como se ha advertido,⁽⁴²⁾ los poderes del Presidente son omnimodos. Si esta cautela ha sido considerada desde antaño necesaria, en las circunstancias actuales, con un Presidente autor de un "sui generis" golpe de Estado, esa prevención resultaba aún más conveniente. Lo contrario puede y debe inducir a pensar que la nueva Constitución es el revestimiento formal con el que un Presidente autogolpista pretende legitimar su perpetuación en el poder a través de un peculiar movimiento político de corte supuestamente populista aunque en la realidad creado a imagen y semejanza de su patrocinador y en defensa de los intereses estrictamente presidenciales, movimiento que ha resultado vencedor en unos comicios constituyentes celebrados en un contexto político no menos peculiar.

II. El presidencialismo, como ha dicho *Linz*,⁽⁴³⁾ es ineluctablemente problemático porque opera según la regla "todo al ganador". Esta problematicidad se acentúa en el Perú, dada la tradición caudillista de los Presidentes de la República. A todo ello hay que añadir que ya la Carta constitucional de 1979 fortaleció de modo muy significativo las atribuciones del Presidente de la República, que vino a monopolizar el

(42) **Domingo García Belaunde**: "La Constitución traicionada", op. cit., pág. 92.

(43) **Juan J. Lins**: "Los peligros del presidencialismo", en el colectivo, "Formas de gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento", *Lecturas Constitucionales Andinas*, N° 2, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1993, págs. 11 y sigs.; en concreto, pág. 17.

Poder Ejecutivo y a asumir un verdadero liderazgo legislativo.⁽⁴⁴⁾

En este contexto, la Constitución de 1993 ha subrayado en algunos aspectos concretos, aunque bien significativos, las atribuciones presidenciales. Así, mientras con anterioridad el nombramiento de embajadores y ministros plenipotenciarios requería la ratificación del Senado, con el nuevo texto (art. 118, 12), dicho nombramiento requiere tan sólo (al margen de la aprobación del Consejo de Ministros, ya prevista en la Carta anterior) dar cuenta al Congreso. Por otro lado, mientras en el código precedente los ascensos al generalato y al almirantazgo habían de ser ratificados por el Senado, en el actual (art. 172) se prevé que sea el Presidente de la República quien otorgue dichos ascensos, según propuesta del instituto correspondiente.

Muy significativa es asimismo la atribución al Presidente de la República de la facultad de dictar medidas extraordinarias mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiriese el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso, que puede modificar o derogar los referidos decretos.

(44) Cfr. al efecto, **Francisco Fernández Segado**: "Las relaciones entre los órganos de gobierno en la Constitución del Perú: un modelo híbrido entre el presidencialismo y el parlamentarismo", en *Revista Parlamentaria Iberoamericana*, N° 5, Cortes Generales, Madrid, 1989, págs. 273 y sigs.; en concreto, págs. 280-294. Puede verse, asimismo, en "Derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 43-44, diciembre 1989-diciembre 1990, págs. 161-190.

En su clásica obra sobre el Poder Ejecutivo norteamericano, *Corwin*⁽⁴⁵⁾ dedica un capítulo a analizar la función de dirección presidencial de la legislación, que si bien encuentra un fundamento constitucional en la cláusula inicial de la sección tercera del art. 2º de la Constitución, a cuyo tenor, el Presidente ha de informar al Congreso sobre el estado de la Unión, recomendando para su consideración aquellas medidas que considere necesarias y convenientes, halla su materialización (en especial, por lo que se refiere al rol actual del Presidente como iniciador de programas en el campo legislativo) en los dos Roosevelt y en Woodrow Wilson, siendo de reseñar al unísono la existencia de un conjunto de armas auxiliares y factores colaterales de esa dirección presidencial de la legislación.

En América Latina, por el contrario, no ha sido preciso esperar a la praxis político-constitucional para deslindar con nitidez esa función de dirección presidencial de la legislación. El Presidente, en lo que *Lambert*⁽⁴⁶⁾ considera como la más importante diferencia, de forma jurídica, en las modalidades del régimen presidencial entre América Latina y los Estados Unidos, se ve legitimado para intervenir activamente en la confección de las leyes y, con frecuencia, incluso, para elaborarlas sin el concurso del Congreso.

La Constitución peruana de 1979 no había sido ajena a la pauta anterior, posibilitando a través de mecanismos dispares un auténtico liderazgo legislativo

(45) **Edward S. Corwin**: "El poder ejecutivo. Función y poderes. 1787-1957" Editorial Biblográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, capítulo VII, págs. 302 y sigs.

(46) **Jacques Lambert**: "América Latina...", op cit. pág. 538.

por parte del Presidente que se iba a manifestar de muy diversas formas. En lo que ahora importa, el apartado 20 de su art. 211, al habilitar al Presidente para "dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera", ya sentó las bases para que los Presidentes recurriesen con más frecuencia de lo necesario a los llamados decretos presidenciales de urgencia, por lo que la nueva Constitución, en este punto, lo que en realidad hace es formalizar una práctica muy común. Ahora bien, frente al debate doctrinal anterior en torno a la naturaleza de estos decretos presidenciales⁽⁴⁷⁾, la nueva Constitución deja claro que se trata de normas con fuerza de ley.

La constitucionalización de estas normas supone elevar al máximo nivel normativo una atribución presidencial, larvada en el texto anterior, que ha dado pie a una utilización absolutamente exagerada, como revela el hecho de que tan sólo en el período que media entre 1980 y 1986 se expidieran más de 600 decretos de esta naturaleza. Las circunstancias políticas actuales y los precedentes de la actuación del Presidente Fujimori no permiten albergar ninguna esperanza de que se vaya a poner coto a esta utilización abusiva de los decretos de urgencia. Bien es verdad que hemos de destacar a la

(47) Dos posiciones se enfrentarían al efecto: la de quienes los considerarían meros decretos, aun cuando supremos desprovistos de fuerza y rango legal, y la de aquellos otros autores que, como **Eguiguren (Francisco Eguiguren Fraelli**: "Funciones legislativas del Poder Ejecutivo", en la obra colectiva dirigida por él mismo, "La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación", Cultural Cuzco Editores, Lima, 1987, págs. 395 y sigs.; en concreto, págs. 445-446), se inclinaban por ubicarlos dentro de las normas de naturaleza, contenido y jerarquía similar a las leyes, tesis esta última mantenida asimismo por **García Belaunde** (en "Lecturas sobre temas constitucionales", N° 3 y en "Teoría y práctica...", cit., Tomo I. cit.

par que, aunque de modo impreciso, la nueva Constitución establece una suerte de control parlamentario de estos decretos de urgencia al determinar que el Congreso puede modificarlos o derogarlos, lo que debiera entenderse en el sentido de que el Congreso deba necesariamente pronunciarse sobre tales normas, ratificándolas o derogándolas, con lo que se lograría que el órgano representativo asumiera un efectivo rol fiscalizador que sería el primer paso para evitar el permanente abuso que de esta institución han venido haciendo los distintos Presidentes, como ha subrayado la práctica totalidad de la doctrina peruana.⁽⁴⁸⁾

También la delegación legislativa del art. 188 de la Constitución de 1979 ha quedado reflejada en el art. 104 de la nueva Carta política, a cuyo tenor, el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley de autorización. La nueva Constitución se ha encargado de precisar que es el Presidente de la República quien da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo. Esta necesidad de "dar cuenta" viene a traducir la práctica parlamentaria dominante con anterioridad, consistente en la mera remisión al Congreso de un informe que haga referencia al decreto legislativo y a su contenido, práctica que, como señalara la doctrina,⁽⁴⁹⁾ vino a descartar la posi-

(48) Así, por ejemplo, **Enrique Bernales B.**: "El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979", en el colectivo, "La Constitución diez años después", op. cit., págs. 137 y sigs.; en concreto, págs. 149-150.

(49) **Francisco Eguiguren**: "Funciones legislativas del Poder Ejecutivo", op. cit., pág. 432.

bilidad de una revisión, ratificación o convalidación parlamentaria de la legislación delegada, y que ahora ha sido constitucionalizada, algo por entero criticable por cuanto la realidad político-legislativa nos revela que ha sido el Ejecutivo, que es tanto como decir el Presidente de la República, quien a través de la legislación delegada ha asumido la tarea legislativa más activa y relevante. La nueva Constitución no sólo no ha afinado los alcances y modalidades de los decretos legislativos, como con buen criterio reclamara *García Belaunde*⁽⁵⁰⁾ para el supuesto de una hipotética reforma constitucional, sino que ha consagrado una práctica político-presidencial bastante criticable, posibilitada por lo demás por las delegaciones parlamentarias llevadas a cabo de forma amplia y general.

C) El Consejo de Ministros

Entre 1856 y 1862, por influencia francesa, se introdujo en el Perú la figura del Presidente del Consejo de Ministros, junto a la del propio Consejo. Sin embargo, como recuerda la doctrina,⁽⁵¹⁾ la existencia de un Presidente del Consejo fue en realidad meramente decorativa, ya que el cargo se otorgaba a cualquier Ministro, con fines meramente protocolarios, sin ningún poder efectivo, circunstancia que se prolongará hasta 1969, momento en el que el régimen militar (instaurado el 3 de octubre de 1968) decidía una reordenación del aparato gubernamental, promulgando

[50] **Domingo García Belaunde**: "¿Reforma constitucional?", op. cit., pág. 351.

[51] **Domingo García Belaunde**: "Teoría y práctica de la Constitución peruana", tomo I, op. cit., pág. 153.

el Decreto Ley 17.532, denominado "Ley Orgánica de la Presidencia de la República", que se refería de modo expreso al Primer Ministro o Presidente del Consejo de Ministros y que vino a suponer un cierto refuerzo e independización del cargo de Primer Ministro.

La Asamblea Constituyente de 1978-1979 dedicó un Capítulo de la Constitución al Consejo de Ministros, a cuyo frente se sitúa un Presidente, nombrado y removido por el Presidente de la República, a quien, no obstante, corresponde presidir el Consejo de Ministros cuando lo convoca o asiste a sus sesiones. De ello no debe deducirse en modo alguno que la referida Asamblea pretendiera crear un Premier al estilo europeo. Un posterior Decreto Legislativo (N° 217, de 12 de junio de 1981) fortalecería un tanto la posición del Presidente del Consejo, bien que sin menoscabar en ningún caso ni la autoridad del Presidente de la República, ni menos aún la autonomía de los demás Ministros, que ven en el Premier, en el mejor de los casos, un "primus inter pares".⁽⁵²⁾

La Constitución de 1993 parece dar una mayor autonomía al Consejo de Ministros y a su Presidente, a la par que fortalece la vinculación del Consejo con el Congreso. En efecto, mientras la anterior Carta se limitaba a determinar (art. 224) que el Presidente del Consejo concurría a las Cámaras reunidas en Congreso, en compañía de los demás Ministros, para exponer y debatir el programa general del Gobierno y las principales medidas políticas y legislativas que requiriese su gestión, precisando finalmente que la exposición no daría lugar

(52) *Ibidem*, pág. 157. Véase el Decreto Legislativo 560 de 29 de marzo de 1990, que reitera esa tendencia.

a votación del Congreso, el nuevo código fundamental establece (art. 130), de un lado, la obligatoriedad de aquella concurrencia dentro de los treinta días inmediatamente siguientes a la asunción de sus funciones, y de otro, la obligación del Presidente del Consejo de plantear, tras el pertinente debate de política general del gobierno, la cuestión de confianza, a cuyo efecto, si el Congreso no está reunido, el Presidente de la República habrá de convocar a legislatura extraordinaria. Como es obvio, si la confianza le es rehusada, se produce, a tenor del art. 133, "la crisis total del Gabinete", o, como prescribe el art. 132, el rechazo de la cuestión de confianza conlleva la renuncia del Consejo de Ministros, puesto que ese rechazo implica la sanción de la responsabilidad política del propio Consejo. Todo ello lo que nos quiere decir es que para que un Gabinete pueda ejercer sus funciones necesita de modo ineludible superar una suerte de votación de investidura o "cuestión de Gabinete", lo que a su vez viene a entrañar que el órgano de dirección y gestión de los servicios públicos, esto es, el Consejo de Ministros, no depende tan sólo para el inicio del ejercicio de sus funciones de la voluntad presidencial, como acontecía en la Carta de 1979, sino que se hace depender asimismo de la decisión del Congreso, que lógicamente puede en cualquier momento hacer efectiva la responsabilidad política del Consejo mediante el voto de censura, como también a través del rechazo de una cuestión de confianza, que se plantea mediante iniciativa ministerial por cuanto la Constitución habilita al Presidente del Consejo de Ministros para plantear ante el Congreso una cuestión de confianza a nombre del Consejo (art. 133).

La Carta de 1993 ha incrementado de igual forma el protagonismo del Consejo de Ministros y de su Presidente. El art. 119, que se sitúa en el frontispicio del Capítulo dedicado al Consejo de Ministros, como antes señalamos, con carácter general, confía la dirección y gestión de los servicios públicos al Consejo de Ministros, mientras que la Constitución anterior se limitaba a atribuir tal función a los Ministros en los asuntos de competencia de la cartera de su respectivo departamento. Por lo demás, al enunciar las atribuciones del Consejo de Ministros, el art. 125 incluye como novedad la de aprobar los decretos de urgencia que dicta el Presidente de la República, siendo de reseñar que todo acuerdo del Consejo requiere el voto aprobatorio de la mayoría de sus miembros (art. 126), determinación también especificada por el código de 1979 (art. 218).

No deja de constituir una novedad constitucional el hecho de que, a la par que se estipula la posibilidad de que el Presidente del Consejo de Ministros pueda ser ministro sin cartera, se proceda (art. 123) a enumerar sus atribuciones, que, en esencia, son: 1) ser, después del Presidente de la República, el portavoz autorizado del Gobierno; 2) coordinar las funciones de los demás Ministros; y 3) refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley.

Las novedades que acabamos de enunciar, indudablemente, dan pie, de un lado, a reconocer la existencia de un cierto intento de potenciar el protagonismo del Consejo de Ministros y de su Presidente, y de otro, para reconocer que el constituyente ha fortalecido el vínculo parlamentario existente entre el Congreso y el Consejo.

Es decir, se aprecia una cierta "parlamentarización" del sistema de gobierno. Ahora bien, estas modificaciones no pueden conducirnos a olvidar que el Presidente de la República tiene siempre la última decisión sobre los asuntos de gobierno, lo que lleva a *Rubio Correa*⁽⁵³⁾ a la conclusión de que la nueva norma suprema no ha cambiado la esencia de las cosas. Además, tampoco cabe ignorar la relevancia de la decisión presidencial sobre la permanencia en el cargo de quienes deben controlarlo supuestamente, a través del refrendo de sus actos. En efecto, el Presidente de la República nombra y remueve al Presidente del Consejo y a los demás Ministros, con acuerdo en este último caso del Presidente del Consejo. Si es el Presidente del Consejo el removido, se produce la "crisis total del Gabinete". Y en último término, como veremos más adelante, el Jefe del Estado también dispone de armas efectivas frente al Congreso, como es, por ejemplo, el ejercicio del derecho de disolución.

Las múltiples funciones que el Presidente de la República debe constitucionalmente asumir no dejan resquicio alguno a la duda acerca de su rol de director de la vida política en los principales asuntos de Estado. Sin embargo, la institución del refrendo puede suscitar en este contexto algunas dudas acerca de si es capaz de llegar a trastocar la relación Presidente de la República-Consejo de Ministros, caracterizada en buena medida por ese monopolio del Poder Ejecutivo que tiene el Presidente de la República.

(53) **Marcial Rubio Correa**: "El modelo del Proyecto constitucional...", op. cit., pág. 15.

El art. 120 de la nueva Carta reproduce el texto del art. 213 del código precedente, disponiendo que "son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial". Analizando el tratamiento de esta cuestión en la Constitución de 1979 señalábamos en otro momento⁽⁵⁴⁾ que si el Consejo de Ministros estuviese vinculado con el Congreso por una relación de confianza parlamentaria, asentada en una previa votación de investidura, sería posible que, según los supuestos de correlación entre las fuerzas políticas, el referendo pudiese operar en ciertos casos con una virtualidad limitadora de la capacidad operativa del Presidente; no dándose aquel presupuesto, como no se daba en puridad en la Constitución de 1979, la formalidad del referendo, como dijera Lambert⁽⁵⁵⁾, apenas si disminuía la libertad de acción del Presidente. Ahora bien, en la Constitución de 1993 sí que existe la votación de investidura, por lo que debe constatarse desde el inicio de sus funciones que el Consejo de Ministros goza de la confianza parlamentaria. Por lo mismo, podría pensarse en el referendo ministerial como instrumento delimitador de la capacidad funcional del Presidente; ahora bien, el hecho de que el Jefe del Estado pueda remover libremente al Presidente del Consejo, como de que esté facultado asimismo para disolver el Congreso en aquellos supuestos en que éste hubiere censurado o negado su confianza a dos Conse-

[54] **Francisco Fernández Segado**: "Las relaciones entre los órganos de gobierno en la Constitución del Perú...", op. cit., pág. 295.

[55] **Jacques Lambert**: "América Latina. Estructuras sociales e instituciones políticas", op. cit., págs. 534-535.

jos de Ministros, supongamos que más proclives a las tesis presidenciales que a las congresuales, devalúa en gran medida la operatividad del referendo como instrumento delimitador de la capacidad de actuación del Presidente de la República.

En definitiva, creemos que puede seguir manteniéndose la tesis sostenida por *Eguiguren*⁽⁵⁶⁾ al analizar la Constitución de 1979: a su juicio, el Presidente de la República conjuga las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, figura que es propia del régimen presidencial clásico, aunque, a diferencia de éste, se mantenga la estipulación de nulidad de los actos del Presidente de la República que no cuentan con referendo ministerial, como una forma de control y limitación intraorgánica en el Poder Ejecutivo frente a los actos presidenciales, si bien no es menos cierto que el referendo ministerial, instalado en el año 1828, nunca ha sido un límite real para el Presidente.

D) Las relaciones entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativo

La Constitución de 1993, al igual que hacía la que le precede, dedica un Capítulo a las relaciones del Ejecutivo con el Legislativo, fortaleciendo, como ya hemos tenido oportunidad de destacar, la introducción de variables parlamentarias en el sistema presidencial.

(56) **Francisco José Eguiguren Praeli**: "Las relaciones entre Gobierno y Parlamento: elementos para una propuesta de reforma en el Perú", en el colectivo, "Formas de gobierno: relaciones Ejecutivo-Parlamento", op. cit., págs. 158 y sigs.; en concreto, págs. 165-166.

Hasta hoy, la introducción de tales variables no ha logrado, como bien advierte *Quiroga Lavié*⁽⁵⁷⁾, su objetivo de moderar la concentración de poder en el Presidente. Más aún, algún sector doctrinal⁽⁵⁸⁾, a la vista del funcionamiento del sistema con la anterior Constitución, ha llegado a tildar al Perú de monarquía republicana, queriendo con ello subrayar la omnipotencia del poder del Presidente de la República. Con más rigor, *García Belaunde*,⁽⁵⁹⁾ atendiendo a la anterior ordenación constitucional, al desarrollo histórico peruano y, sobre todo, a la praxis política, ha sostenido que la forma de gobierno del Perú responde a un modelo presidencial disminuido, atenuado o frenado, toda vez que las grandes decisiones las tiene, en última instancia, el Presidente de la República, atemperado por controles políticos y, en cierto sentido, por la opinión pública y los partidos políticos. Y en dirección no muy distante, *Eguiguren*⁽⁶⁰⁾, tras constatar que el régimen político peruano, en lo que hace a las relaciones Gobierno-Parlamento, sin dejar de enmarcarse en una relación de tipo presidencial, ha ido adicionándole numerosas instituciones típicamente parlamentarias, destinadas a

(57) **Humberto Quiroga Lavié**: "Derecho Constitucional Latinoamericano", op. cit., pág. 295.

(58) **José Pareja Paz Soldán**: "El régimen presidencial en la Constitución de 1979", en "Derecho" (Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú), N° 35, diciembre 1981, págs. 151 y sigs.: en concreto, pág. 151.

(59) **Domingo García Belaunde**: "Forma de gobierno en la Constitución peruana", en Revista de Estudios Políticos, N° 74 (nueva época), octubre-diciembre 1991, págs. 615 y sigs.: en concreto, pág. 628.

(60) **Francisco J. Eguiguren Praell**: "Las relaciones entre Gobierno y Parlamento: elementos para una propuesta de reforma en el Perú", op. cit., págs. 160, 174 y 183, respectivamente.

atenuar el poder del Presidente de la República, precisa que el diseño adoptado por la Constitución de 1979 no sólo evidencia unas fuertes dosis de rigidez en esas relaciones, sino que ofrece un resultado que en general no ha sido positivo. Y ello por cuanto que el régimen híbrido peruano ha propiciado que cuando el Poder Ejecutivo ha contado con mayoría en el Parlamento, el Presidente ha dispuesto de mucho mayor poder del que le correspondería en un régimen presidencial, mientras que cuando ha carecido de esa mayoría, su poder formal se ha visto tan debilitado que las relaciones con la oposición han propiciado un cuadro de crisis e inestabilidad política que usualmente ha culminado en un golpe de Estado.

Desde luego, el peculiar sistema de relaciones Ejecutivo-Legislativo diseñado en 1979 acogía partes de todos los modelos, no siempre, como dice *Melo*⁽⁶¹⁾, perfectamente estructuradas, circunstancia que ha generado muchas veces fricciones entre los órganos del Estado.

La "nueva" Constitución, como en algún aspecto ya hemos tenido ocasión de señalar, ha alterado en cierto modo el marco de las relaciones Legislativo-Ejecutivo. Estas son las innovaciones más significativas que podemos señalar:

- a) Establecimiento de una votación de investidura a los efectos de que el Consejo de Ministros pueda válidamente asumir el ejercicio de sus funciones, a

(61) **Jorge Melo**: "Control parlamentario", en **Francisco Eguiguren Praeli** (dir.), "La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación", op. cit., págs. 495 y sigs.; en concreto, pág. 537.

cuyo fin ha de plantear, como tuvimos oportunidad de señalar ya, la cuestión de confianza dentro de los treinta días de la asunción de funciones.

- b) Habilitación al Presidente del Consejo de Ministros para que pueda plantear ante el Congreso una cuestión de confianza a nombre del Consejo, en el bien entendido de que si esa confianza es rehusada, se produce la "crisis total del Gabinete". Es cierto que la Constitución de 1979, implícitamente, admitía la posibilidad de una solicitud de confianza a la Cámara de Diputados por iniciativa ministerial, pero del tenor del art. 226 se desprendía que la cuestión de confianza respondía a una iniciativa estrictamente individual de un Ministro, no del conjunto del Gabinete, posibilidad ésta que también acoge la actual Constitución.
- c) Concreción de un plazo dentro del cual debe tener lugar la aceptación por el Presidente de la República de la dimisión del Consejo de Ministros objeto de una moción de censura aprobada por el Congreso o, en su caso, del Ministro que, individualmente, haya sido censurado; ese plazo queda fijado en las setenta y dos horas siguientes a la aprobación de la censura.
- d) Supresión de la anterior exigencia constitucional de una mayoría altamente cualificada para que una moción de censura pueda ser aprobada por el Congreso durante el último año de su mandato. En efecto, mientras la Constitución de 1979 exigía al efecto una mayoría de, por lo menos, dos tercios del número legal de diputados, la de 1993 omite toda referencia a este requisito.

- e) **Habilitación al Presidente de la República para disolver el Congreso cuando éste haya censurado o negado su confianza a tan sólo dos Consejos de Ministros, mientras que el código anterior exigía que esa sanción de la responsabilidad política hubiese afectado al menos a tres Consejos de Ministros.**
- f) **Supresión de la limitación constitucional de no poder ejercer el Presidente de la República su facultad disolutoria sino una sola vez durante su mandato, contemplada por la Constitución de 1979 respecto de la Cámara de Diputados (el Senado no podía ser disuelto), lo que entraña que no existe límite cuantitativo alguno para el ejercicio presidencial de la facultad disolutoria, si bien, por contra, la Constitución de 1993 mantiene el límite, ya anteriormente contemplado, de no poder disolver el Congreso en el último año de su mandato, ni tampoco bajo el estado de sitio (la Constitución de 1979 ampliaba este límite también al estado de emergencia).**
- g) **Previsión de que una vez reunido el nuevo Congreso elegido tras la disolución, pueda censurar al Consejo de Ministros, o negarle la cuestión de confianza, después de que el Presidente del Consejo haya expuesto ante el Congreso los actos del Poder Ejecutivo durante el interregno parlamentario. En ese interregno, el Ejecutivo legislará mediante decretos de urgencia, de los que habrá de dar cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale, lo que encierra de hecho una**

ausencia de fiscalización de esas producciones normativas del Congreso.

Las innovaciones introducidas por la nueva Carta del Perú en el ámbito de las relaciones Legislativo-Ejecutivo no creemos que alteren de modo significativo el marco existente en este punto con anterioridad. En efecto, pensamos que puede seguir manteniéndose que el Presidente de la República ostenta el liderazgo ejecutivo sin que por sus actos responda ante el Congreso, que debe entonces llevar a cabo su labor de fiscalización a través de los Ministros individualmente considerados o del propio Consejo de Ministros, debiendo tener presente al efecto que en muchos casos los Ministros son, como ha advertido *Bernales*⁽⁶²⁾, simples ejecutores, teniendo unas atribuciones reales que hacen que más que como Ministros actúen como Secretarios del Presidente de la República, y a su vez que el Presidente del Consejo de Ministros, más que auténtico jefe de gobierno, es un coordinador del Gabinete.

Bien es cierto que la necesidad de una relación fiduciaria, desde el mismo momento del inicio del ejercicio de sus funciones, por parte del Consejo de Ministros y respecto del Congreso, supone introducir un elemento propio de un régimen parlamentario, pero no podemos olvidar que, en todo caso, la remoción decidida por el Presidente de la República, sin límite alguno, conduce a una "crisis total de Gabinete", con lo que, en último término, éste depende de la doble confianza del Congre-

(62) **Enrique Bernales B.**: "El funcionamiento del sistema político de la Constitución de 1979", en el colectivo, "La Constitución diez años después", op. cit., págs. 137 y sigs.; en concreto, págs. 153-154.

so y del Presidente, con lo que aquella relación fiduciaria no resta un ápice los poderes presidenciales, si bien, en alguna medida, es indudable que fuerza al Presidente de la República a nombrar a un Presidente del Consejo que sintonice políticamente con la mayoría de la Cámara, aunque el constituyente, a modo de contrapartida, reduce de tres a dos el número de Consejos de Ministros que han de ser censurados necesariamente para que el Jefe del Estado quede habilitado para disolver el Congreso. Esta condición esencial nos pone sobre aviso acerca del verdadero significado de la disolución presidencial. No se trata con ella, como a la postre viene siendo común en los sistemas parlamentarios, de anticipar los comicios a un momento propicio para el partido gubernamental o, si se prefiere, para la formación que respalde al Presidente de la República; tal finalidad, por otra parte, carecería de sentido, pues la Cámara elegida extraordinariamente sustituye a la anterior, limitándose a completar el período constitucional del Congreso disuelto. Tampoco creemos que la disolución sea un mecanismo mediante el que una magistratura arbitral zanje un conflicto frontal entre el Congreso y el Consejo de Ministros. Por el contrario, la disolución, a nuestro entender, opera a modo de amenaza frente al Congreso a fin de que éste se avenga a tolerar, llegado el caso, Gobiernos de "mayoría presidencial". De esta forma, la disolución se ofrece como un arma potencialmente eficaz en manos del Jefe del Estado.

A este respecto, no deja de ser significativo que la doble censura haya de recaer sobre el Consejo de Ministros, no contabilizándose las que tengan como destinatarios a los Ministros individualmente considerados.

Por lo demás, la supresión del anterior límite constitucional, de una sola disolución del Congreso durante el mandato del Presidente de la República, refuerza aún más si cabe la eficacia potencial de este mecanismo en manos del Presidente.

Digamos por último que mientras la Constitución de 1979 disponía que el decreto disolutorio había de ser motivado, incluyendo la convocatoria de elecciones en el plazo perentorio de treinta días, la nueva Carta fundamental omite toda referencia a la motivación y amplía el plazo dentro del cual deben realizarse los comicios para un nuevo Congreso: dentro de los cuatro meses de la fecha de solución. Por el contrario, acoge una garantía adicional: la imposibilidad de alterar el sistema electoral preexistente, garantía en cierto modo presente en 1979, si bien la Carta de esta fecha se limitaba a disponer que la convocatoria de elecciones debía llevarse a cabo de acuerdo con la ley electoral en vigor al tiempo de la disolución. En lo que ambas Constituciones coinciden es en la necesidad de que si los comicios no se efectuaran dentro del plazo señalado, el Congreso disuelto se reúna de pleno derecho, recobrando sus facultades y destituyendo al Consejo de Ministros.

E) El Poder Judicial

La Constitución de 1979 dedicaba una amplia atención al Poder Judicial: un largo capítulo al que habían de adicionarse otros dos relativos al Consejo Nacional de la Magistratura y al Ministerio Público.

Es endémica en el Perú la crítica al funcionamiento de la administración de justicia que, como se ha

advertido⁽⁶³⁾, deviene arcaica, flemática y codiciosa por razones de muy dispar naturaleza que van desde la falta de sensibilidad social de algunos jueces, hasta las fallas de los mecanismos de nombramiento y formación⁽⁶⁴⁾. En último término, la mediatización del Poder Judicial por el Ejecutivo ha venido siendo una realidad más o menos constatable. Como recuerda *García Belaunde*⁽⁶⁵⁾, todo el proceso histórico del Perú ha estado signado por el deseo del poder político de manejar a los jueces.

En este marco, una de las cuestiones más relevantes había de ser la del acceso a la carrera judicial y nombramiento de los jueces. La Constitución de 1979 optó por el establecimiento de un órgano técnico, el denominado Consejo Nacional de la Magistratura, adoptado del constitucionalismo europeo, que en el punto que nos ocupa iba a disponer de un rol de iniciativa, ya que los jueces eran nombrados finalmente por el Presidente de la República con la ulterior ratificación del Senado respecto de los Vocales de la Corte Suprema. Mientras las propuestas para el nombramiento de los Magistrados de la Corte Suprema corres-

(63) **Washington Durán Abarca**: "El Estado Regional Peruano. Una propuesta", op. cit., págs. 64-65.

(64) **Ernesto Figueroa Bernardini**, en un interesante trabajo sobre "Los jueces y el sistema judicial peruano", publicado dentro de la Sección de Ciencias Jurídicas del Dominical de "El Comercio" de Lima (edición de 2 de abril de 1989), escribía al respecto que: "Los requisitos exigidos para el ingreso al Poder Judicial son mínimos y generales: los exámenes o entrevistas tomados a los postulantes no reflejan la aptitud de los mismos y no son técnicos, y la formación, capacitación y especialización de los cuadros judiciales peruanos han sido prácticamente nulas, debiendo el magistrado aprender y formarse en el desempeño de su cargo".

(65) **Domingo García Belaunde**: "La Constitución traicionada", op. cit., pág. 50.

pondían al Consejo Nacional, para las atinentes a los Magistrados de primera instancia y demás cargos de inferior jerarquía se creaba un Consejo Distrital de la Magistratura en cada sede de Corte, presidido por el Fiscal más antiguo del distrito e integrado por los dos Magistrados más antiguos de la Corte y por dos representantes elegidos por el Colegio de Abogados de la jurisdicción. Las propuestas debían hacerse previo concurso de méritos y evaluación personal. Como pone de relieve la doctrina⁽⁶⁶⁾, la experiencia que ha deparado este sistema ha sido negativa. Se ha demostrado que es un sistema que afecta severamente la independencia de los jueces, pues tienden a ser los tributarios del poder político, ya que su ingreso en la carrera judicial y la promoción dentro de ella dependen de la decisión política. Por lo mismo, se ha propugnado un sistema que entregara responsabilidad del nombramiento a un órgano técnico como es el caso del Consejo Nacional de la Magistratura o cualquier otro órgano equivalente⁽⁶⁷⁾.

La "nueva" Constitución ha dado en esta materia pasos muy significativos en orden a fortalecer la independencia judicial. De un lado, la Constitución prevé la participación popular en el nombramiento y revocación de los magistrados, conforme a lo que disponga la ley (art. 139.17), determinación radicalmente novedosa y que, aunque inicialmente pensada para los Jueces de Paz —que, según prescribe el art. 152, provienen de elección popular—, a modo de experiencia previa con

(66) **Javier de Belaunde L. de R.**: "Apuntes para una agenda sobre la reforma constitucional: Poder Judicial", en "Lecturas sobre temas constitucionales". N° 8, op. cit., págs. 49 y sigs.: en concreto, pág. 57.

(67) *Ibidem.* pág. 58.

vistas a la ampliación de la misma, caso de entenderse positiva, no resulta constitucionalmente delimitada a aquéllos⁽⁶⁸⁾. Una opción de esta naturaleza requiere de unas cautelas muy notables a la hora de su aplicación. En esta misma dirección de incentivar la participación popular hay que ubicar la previsión del art. 149, a cuyo tenor, las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona, debiendo el legislador establecer las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y demás instancias del Poder Judicial.

De otro lado, en los restantes supuestos, es el Consejo Nacional de la Magistratura el que se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, a cuyo efecto el art. 151 de la nueva Carta contempla la existencia de una Academia de la Magistratura, que forma parte del Poder Judicial y a la que se encarga la formación y capacitación de jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección. El Consejo Nacional de la Magistratura, como acabamos de señalar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, es el órgano competente para el nombramiento de los jueces y fiscales de todos los

(68) El último párrafo del art. 152 de la vigente Constitución habilita al legislador para que establezca por ley la elección de los Jueces de Primera Instancia, determinando a la par los mecanismos pertinentes. En todo caso, conviene significar que la elección popular no está contemplada para ningún otro juez o magistrado.

niveles, con la salvedad anteriormente apuntada. Dichos nombramientos requieren del voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros. Asimismo, cada siete años, el Consejo Nacional ha de ratificar, en su caso, a los jueces y fiscales de todos los niveles, en el bien entendido de que los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público, debiendo precisarse que la no ratificación nada tiene que ver con el ejercicio de la potestad disciplinaria⁽⁶⁹⁾.

En cuanto a la revocación popular de los jueces, hay que entenderla lógicamente circunscrita a aquéllos que sean elegidos por el propio pueblo, no a los restantes. La Constitución se limita al respecto a remitirse a la ley (art. 139.17). En cualquier caso, conviene no olvidar que, con carácter general, el art. 146.3 de la Carta del Perú dispone que la permanencia en el servicio se garantiza por el Estado a los magistrados judiciales mientras observen conducta e idoneidad propias de su función, previsión, es cierto, preexistente en la anterior Norma suprema, pero que no por ello deja de ser altamente significativa, mucho más con el nuevo espíritu con que se trata de diseñar al Poder Judicial en 1993.

La trascendencia de la potestad de nombramiento de los magistrados otorga un rol muy relevante en el plano constitucional al Consejo Nacional de la Magistratura y, a la par, remite con toda crudeza al problema de la independencia real del Consejo en orden a determinar el

(69) La ratificación de los magistrados no es desconocida en el Perú, sino que ya en la Constitución de 1933, e incluso en la Carta de 1920, fue contemplada cada cinco años, disponiéndose que aquellos magistrados que no superasen las pruebas respectivas habían de quedar en situación de disponibilidad, sin poder ya regresar al Poder Judicial.

auténtico grado de independencia frente al Ejecutivo de los miembros integrantes del Poder Judicial⁽⁷⁰⁾.

En la Constitución de 1979 el Consejo estaba integrado por siete miembros: el Fiscal de la Nación, que lo presidía, dos representantes de la Corte Suprema, un representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú, un representante del Colegio de Abogados de Lima y dos representantes de las Facultades de Derecho de la República. Los miembros del Consejo eran elegidos cada tres años, no estando sujetos a mandato imperativo.

La Constitución vigente mantiene en siete el número de integrantes del Consejo, si bien prevé que el propio Consejo pueda ampliarlo a nueve, con dos miembros adicionales elegidos en votación secreta por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial. Los siete miembros iniciales del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos, en todos los casos por votación secreta, por las instancias siguientes: uno por la Corte Suprema constituida en Sala Plena; uno por la Junta de Fiscales Supremos; uno por los miembros de los Colegios de Abogados del país; dos por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país; uno por los Rectores de las Universidades nacionales y uno más, finalmente, por los Rectores de las Universidades particulares. La elección lo es por un periodo de cinco años, requiriéndose para ella iguales requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema, salvo el específicamente

(70) Cf. **Domingo García Belaunde**: "La reforma del Poder Judicial en el Perú" en "Ius et Veritas", N° 7, nov. de 1993.

contemplado por el art. 147.4 de la Constitución, que es el que podríamos considerar como propiamente cualificador de la competencia profesional como jurista del electo.

Los miembros del Consejo de la Magistratura pueden ser removidos por causa grave mediante acuerdo del Congreso adoptado por el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros (art. 157).

La nueva composición del Consejo Nacional de la Magistratura nos da pie para varias reflexiones. Ante todo, parece claro que mientras en el sistema constitucional anterior se pretendió que en la elección del Consejo tan sólo participasen instancias jurídicas, fueren de carácter judicial, profesional o académico, circunstancia fácilmente comprensible si se advierte que nos hallamos ante un órgano llamado a cumplir una función íntimamente imbricada en el mundo del Derecho, en la nueva ordenación constitucional esta pretensión ha sido desechada: sólo tres de los siete miembros iniciales del Consejo son elegidos por instancias especializadas jurídicamente, mientras que los otros cuatro —la mayoría pues— lo son por instancias profesionales o académicas que no tienen necesariamente que hallarse vinculadas con el mundo del Derecho, consideración que bien puede proyectarse asimismo respecto de quienes han de elegir a los dos miembros adicionales del Consejo. No se nos oculta que con ello se está restando protagonismo a un conjunto de instituciones en las que, por propia experiencia, podemos constatar que existía un ambiente notablemente contrario al Presidente Fujimori: absolutamente significativo al efecto resulta la supresión constitucional de la intervención

que la anterior Carta de 1979 otorgaba al Colegio de Abogados de Lima, sin ningún género de dudas, una de las instituciones vinculadas con el mundo del Derecho de mayor importancia y peso específico de todo el país, con una trayectoria jurídicamente rigurosa y, por lo mismo, radicalmente opuesta a un Presidente autogolpista y absolutamente desdeñoso frente a los más elementales conceptos del Estado de Derecho.

A todo ello ha de unirse el hecho, desde luego muy preocupante, de que la Constitución no exija ningún requisito de cualificación jurídica para poder acceder al Consejo de la Magistratura, pues los tres requisitos que se mantienen del art. 147 tan sólo exigen: ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de 45 años.

En definitiva, no parece que puedan hacerse objeciones apriorísticamente frente a la falta de independencia de quienes han de incorporarse al Consejo, pero resulta preocupante la desvinculación con el mundo del Derecho que reflejan tanto la mayoría de las instancias legitimadas para la elección, como la ausencia constitucional de una exigencia de cualificación jurídica profesional respecto de quienes vayan a ser elegidos miembros del Consejo.

Por lo demás, al Consejo de la Magistratura compete la función de aplicar la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias, siendo la resolución final, que requiere de motivación y de la previa audiencia del interesado, inimpugnable. Es decir, el Consejo es el

órgano del que depende cuanto atañe a la selección, nombramiento, ratificación y, en su caso, destitución de los jueces y magistrados. Pero, y he aquí una notable incongruencia, de ello no cabe derivar que se trate del órgano de gobierno del Poder Judicial.

En puridad, la Constitución de 1979 no definió el gobierno del Poder Judicial. Habría de ser la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Legislativo N° 767) la que creara el Consejo de Gobierno del Poder Judicial dentro de la Corte Suprema y otros órganos de gobierno en instancias inferiores. La doctrina se inclinaria por la necesidad de diseñar un órgano de gobierno del Poder Judicial autónomo de la Corte Suprema⁽⁷¹⁾ o, de modo genérico, por la conveniencia de perfeccionar el sistema de gobierno de la judicatura⁽⁷²⁾.

La Constitución de 1993 no ha alterado en este punto el sistema preexistente, por cuanto su art. 144 considera que el Presidente de la Corte Suprema lo es también del Poder Judicial, a la vez que califica a la Sala Plena de la Corte Suprema como el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial, siendo de reseñar que este Poder, entre otras, tiene la competencia de elaborar y presentar ante el Poder Ejecutivo su propio proyecto de presupuesto, como también la de sustentarlo ante el Congreso. Como verdadero Poder del Estado, dispone asimismo del derecho de iniciativa legislativa en las materias que le son propias. En definitiva, a la vista de

(71) **Javier de Belaunde L. de R.**: "Apuntes para una agenda sobre la reforma constitucional: Poder Judicial", op. cit., págs. 53-54.

(72) **Aníbal Quiroga León**: "Las garantías constitucionales de la administración de justicia", en el colectivo, "La Constitución diez años después", op. cit., págs. 289 y sigs.: en concreto, pág. 307.

todo ello es claro que no resulta defendible caracterizar al Consejo de la Magistratura como el órgano de gobierno del Poder Judicial, calificación que tampoco casa respecto de la Sala Plena de la Corte Suprema, por cuanto todo lo relativo al personal que integra el Poder Judicial depende de aquel Consejo.

Hemos de reconocer, en último término, que la Constitución intenta dar un paso adelante en favor de la independencia del Poder Judicial al hacer depender la carrera judicial de un órgano de composición plural en el que están representados a la par que algunos de los poderes del Estado, buen número de instituciones de la sociedad civil. Admitiendo lo positivo del intento, hay que recordar que las incongruencias constitucionales precedentemente expuestas arrojan serias sombras de duda acerca de la operatividad del Consejo Nacional de la Magistratura, si bien no es menos cierto que algunas de las fallas comentadas pueden ser en buena medida salvadas a través del ulterior desarrollo legislativo.

Otra significativa novedad, que ha de ser positivamente valorada, la encontramos en el procedimiento de elección del Fiscal de la Nación. La anterior Constitución no establecía un procedimiento específico a tal efecto; sin embargo, sí determinaba que los Fiscales ante la Corte Suprema habían de ser nombrados por el Presidente de la República con la aprobación del Senado, tras lo que precisaba que se habían de turnar cada dos años en la Fiscalía de la Nación. La nueva Carta constitucional, bien al contrario, dispone (art. 158) que el Ministerio Público es autónomo, habiendo de presidirlo el Fiscal de la Nación, quien es elegido por un periodo de tres años, prorrogable por reelección sólo por

otros dos, por la Junta de Fiscales Supremos, siendo de reseñar que los miembros del Ministerio Público son, a su vez, nombrados con iguales requisitos y por el mismo procedimiento a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría, lo que es tanto como decir que corresponde al Consejo Nacional de la Magistratura nombrar y ratificar a los Fiscales ante la Corte Suprema, que a su vez serán quienes procedan a elegir al Fiscal de la Nación.

Señalemos para terminar que el art. 159.7 de la Constitución otorga al Ministerio Público el ejercicio de la iniciativa legislativa en las materias que le son propias, tal y como dispone el art. 107, como asimismo la facultad de dar cuenta al Congreso o al Presidente de la República de los vacíos o defectos de la legislación.

6. Las garantías constitucionales y el Tribunal Constitucional

I. La Carta política de 1993, en la línea marcada por la inmediatamente anterior, dedica uno de sus Títulos (el Título V) a las garantías constitucionales, procediendo dentro del mismo, de un lado, a enumerarlas y, de otro, a contemplar al Tribunal Constitucional, concebido como el órgano de control de la Constitución.

Por lo que atañe a las garantías constitucionales, el primer rasgo a destacar es que no sólo se han mantenido las cuatro contempladas por la Carta de 1979 (acción de "habeas corpus", acción de amparo, acción de inconstitucionalidad y acción popular), sino que se han acogido además dos nuevas garantías: la acción de "habeas data" y la acción de cumplimiento.

- A) La acción de "habeas corpus" sigue procediendo ante todo hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace la libertad individual. Sin embargo, la nueva Carta política, en una dirección que nos recuerda la hipertrofia del "habeas corpus" que se ha manifestado en el Perú en determinados periodos de su historia constitucional⁽⁷³⁾, amplía el ámbito material de esta institución a los derechos constitucionales conexos a la libertad individual. Bien es verdad que la nueva Constitución no hace sino reiterar lo ya establecido por la Ley N° 23.506.
- B) La acción de amparo procede contra todo hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace los demás derechos reconocidos por la Constitución. Sin embargo, la nueva Carta fundamental del Perú delimita negativamente el ámbito de esta acción al prescribir que la misma no procede contra normas legales en abstracto, ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. En relación a la primera de las causas de improcedencia, no contemplada por la anterior Constitución, es preciso advertir que el art. 3° de la Ley 23.506, de 7 de diciembre de 1982, Ley de Habeas Corpus y Amparo, prevé la

(73) La primera Ley de Habeas Corpus que existió en el Perú, promulgada en 1897, destinaba la institución exclusivamente a la protección de la libertad individual, al igual que haría la Constitución de 1920, primera en elevar al más alto rango jurídico el citado instituto garantista. Sin embargo, la Constitución de 1933 ampliaría de modo extraordinario el ámbito material del "habeas corpus", extendiéndolo a la protección de los derechos sociales. La Constitución de 1979 retornaría al sentido originario de la institución.

procedencia de ambas acciones de garantía aun en el supuesto de que la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución. Es decir, que cabe utilizar la vía del amparo para hacer frente a una norma legal cuando ésta vulnerase el derecho susceptible de amparo constitucional. Este supuesto es distinto del contemplado por la Constitución, pues aquí se trata de un control concreto, al hilo de la aplicación de una norma, en el que la norma contraria al derecho se inaplica. Respecto de la segunda de las causas de inadmisibilidad de la acción de amparo, el silencio de la Constitución de 1979 en este aspecto fue resuelto por el art. 6°.2 de la Ley 23.506, en un sentido idéntico al ahora constitucionalizado, esto es, en el de la no procedencia de la acción contra una resolución judicial emanada de un procedimiento regular, solución legal desde luego discutible, si bien la mejor doctrina⁽⁷⁴⁾ la justificara en las exigencias del principio de la seguridad jurídica.

- C) La acción de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. Y

(74) **Alberto Borea Odria**: "El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy", Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 1985, pág. 47.

D) La acción popular, que procede por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen.

Junto a estas cuatro acciones de garantía, la Constitución de 1993 incorpora otros dos nuevos instrumentos garantistas: la acción de "habeas data" y la acción de cumplimiento.

a) La acción de "habeas data" responde a la nueva dimensión que ha asumido el "right to privacy", por virtud de la cual ya no se entiende tan sólo en un sentido puramente negativo, de rechazo de la intromisión de extraños en la vida privada, o de la transmisión de informaciones a ella referidas, como lo concibieran en 1891 *Samuel D. Warren* y *Louis D. Brandeis*, en su conocido trabajo publicado en la "Harvard Law Review", en tesis que haría suya el Tribunal Supremo norteamericano al concebir el derecho a la intimidad como el derecho "to be let alone". Bien al contrario, este derecho ha pasado a tener un contenido positivo por el que se reconoce a cada persona el ejercicio de un control sobre el uso de los propios datos personales recogidos en un archivo electrónico de un centro de proceso de datos. Se trata, pues, del derecho a controlar las informaciones sobre la propia persona, y a garantizarlo responde la nueva acción, acogida, entre otros códigos constitucionales, por el inciso LXXII del art. 5º de la Constitución de Brasil de 1988, como también, por el art. 15 de la Constitución de Colombia de 1991. A tal efecto, el art. 200.3 de la Carta del Perú vigente considera como garantía constitucional la acción de "habeas data", que

procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnere o amenace los derechos a que se refieren los incisos quinto, sexto y séptimo del art. 2º: derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier autoridad pública; derecho a que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten a la intimidad personal y familiar, y derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias. Bien es cierto que no faltan autores que entienden que esta acción se ha querido aplicar en algunos casos para amedrentar el ejercicio de las libertades informativas.

b) La acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades legales. Se trata de una acción de trámite sumarísimo que, como bien se ha advertido⁽⁷⁵⁾, parece perfectamente adecuada a la realidad social en la que muchas veces se posterga la aplicación de las normas cuando la Administración no comulga con ellas, actitud tan frecuente que ha dado lugar al dicho popular de "acato pero no cumplo". Esta acción guarda cierta relación con el "writ of mandamus", si bien la doctrina peruana no ha delimitado con claridad su origen.

La "nueva" Carta política del Perú, en lo que ha de ser considerada como una novedosa y muy positiva norma, prescribe en el mismo art. 200 que el ejercicio de las acciones de "habeas corpus" y de amparo no se

(75) **Marcial Rubio Correa**: "El modelo del Proyecto constitucional...", op. cit., pág. 12.

suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el art. 137 de la Constitución (estado de emergencia y estado de sitio). La anterior Carta política guardaba un absoluto mutismo al respecto. Este silencio fue aclarado por el art. 38 de la Ley N° 23.506, anteriormente referida, que estableció la no procedencia de las acciones de "habeas corpus" y de amparo respecto de las garantías y derechos señalados en el art. 231 de la Constitución (precepto que contemplaba los estados de emergencia y de sitio y, al hilo de su regulación, las garantías que durante su vigencia podían ser suspendidas), durante el tiempo de su suspensión.

La determinación legal precedente dio pie para un amplio debate doctrinal que osciló desde quien reclamó la justiciabilidad de las medidas que las autoridades hubieren de adoptar durante la suspensión de derechos, considerándola una meta a alcanzar por el ordenamiento jurídico del Perú⁽⁷⁶⁾, hasta quien interpretó que cabe la interposición de la acción de "habeas corpus", aun en estado de emergencia, con apoyo en el ordenamiento internacional de derechos humanos⁽⁷⁷⁾.

De esta forma, la nueva previsión constitucional, bien es verdad que recogiendo lo establecido por la Ley 25.398 de 9 de febrero de 1992, ha venido a poner fin al largo debate existente, ofreciendo una solución que

(76) **Alberto Borea Odría**: "El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy", op. cit., pág. 288.

(77) **Oscar Allaga Abanto**: "Constitución Peruana, derechos humanos y libertad física", en **Francisco Eguiguren Praeli** (dir.), "La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación", op. cit., págs. 19 y sigs.; en concreto, pág. 91.

nos parece perfectamente coherente con las exigencias de un Estado de Derecho.

II. La Constitución de 1993, en la línea ya avanzada por la de 1979, acoge en su Título V la institución del Tribunal Constitucional, órgano de control de la Constitución, autónomo e independiente.

La institucionalización por la Carta política anterior de un Tribunal de Garantías Constitucionales, denominación inspirada en la acogida por el texto del Anteproyecto de la Constitución Española de 1978, supuso la instauración en el Perú de un modelo mixto de control de la constitucionalidad de las leyes⁽⁷⁸⁾. Ese modelo acogía elementos del control concentrado por cuanto el Tribunal era competente para declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad total o parcial de las leyes. Ahora bien, junto a este tipo de control hallamos elementos propios del control difuso, pues el art. 236 de la Constitución anterior determinaba que en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez había de preferir la primera, previsión que no era sino la consecuencia obligada de la primacía normativa de la Constitución y que conducía, en definitiva, a un modelo análogo al norteamericano. Es decir, por un lado, la Constitución creaba un Tribunal "ad hoc" con capacidad para enjuiciar la constitucionalidad de una ley y derogarla con efectos "erga omnes", mientras que por el otro, facultaba

(78) Nuestro ordenamiento —afirma **Guiroga León**— contiene los dos grandes sistemas de control de la constitucionalidad superpuestos en lo que podríamos denominar un subsistema mixto o sistema dual. **Aníbal Guiroga León**: "Las garantías constitucionales de la administración de justicia", op. cit., pág. 335.

a los órganos jurisdiccionales ordinarios, independientemente de su jerarquía y especialidad, para calificar en un caso concreto y sólo con efectos "inter partes", la inconstitucionalidad de las leyes y de las normas de rango jerárquico inferior, pudiendo el órgano judicial apartarse de su texto expreso para resolver el conflicto material con la aplicación de otras normas legales subsidiarias o de los principios generales del derecho.

La implantación del Tribunal de Garantías obedeció a una clara motivación jurídico-política: la desconfianza que se tenía del Poder Judicial, el cual, a través de su historia inmediata anterior, no había tenido un comportamiento institucional audaz, generoso y realmente protector de los derechos fundamentales⁽⁷⁹⁾. La concepción del Tribunal como "órgano de control de la Constitución" (art. 296 de la Constitución de 1979) se refería, a juicio de la doctrina⁽⁸⁰⁾, a la defensa de la Constitución que, a su vez, en esencia, comprendía la de los derechos humanos.

El Tribunal, que quedaba compuesto por nueve miembros (tres designados por el Congreso, tres por el Poder Ejecutivo y los tres restantes por la Corte Suprema de Justicia) y tenía jurisdicción en todo el territorio de la República, siendo su sede la ciudad de Arequipa, era competente para, de un lado, declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carác-

[79] **Domingo García Belaunde**: "El primer fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales", en "Ius et Praxis", Universidad de Lima, N° 4, 1984, págs. 115 y sigs.; en concreto, pág. 116.

[80] **Mario Peñás Bazán**: "El Tribunal de Garantías Constitucionales", Editorial Vicente Ramos Solsol, 2ª ed., Miraflores (Lima), 1980, pág. 10.

ter general y ordenanzas municipales que contravinieren la Constitución por la forma o por el fondo, y de otro, conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de "habeas corpus" y de la acción de amparo, agotada la vía judicial.

El funcionamiento del Tribunal desde que entrara en funciones en noviembre de 1982 vino caracterizado por el hecho de que la abrumadora mayoría de causas vistas correspondería a casos de amparo y, en mucha menor medida, a casos de "habeas corpus", mientras que las acciones de inconstitucionalidad ocuparon tan sólo marginalmente su labor. Sólo conoció de un total de quince acciones de inconstitucionalidad en diez años, y de ellas sólo en un caso una ley fue declarada inconstitucional, en un asunto, por lo demás, realmente intrascendente. Sin embargo, lo más controvertible —y así se subrayaría en el Forum sobre el Tribunal de Garantías organizado por la Comisión Andina de Juristas en agosto de 1986⁽⁸¹⁾— de la producción de resoluciones de este órgano sería la falta de uniformidad en su producción jurisprudencial, siendo habitual sus variaciones de criterio para resolver situaciones similares, circunstancia que restaría mucha importancia al Tribunal como fuente generadora de sustantivos elementos orientadores y uniformizadores para la vigencia de la Constitución en el país.

(81) Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo - Comisión Andina de Juristas: "Derechos ciudadanos y Tribunal de Garantías Constitucionales", en "El Comercio", Lima, edición del 29 de agosto de 1986.

Por lo demás, las críticas sobre el Tribunal provinieron de flancos muy diversos. Y así, mientras, de un lado, se ha censurado que el Tribunal venga a constituir una especie de cuarta instancia, colocándose por encima de la Corte Suprema y propiciando un verdadero caos al eliminar, prácticamente, la cosa juzgada⁽⁸²⁾⁽⁸³⁾, de otro, se ha criticado la excesiva reserva con que se acoge en la Constitución de 1979 la legitimación para recurrir en vía de inconstitucionalidad⁽⁸⁴⁾⁽⁸⁵⁾.

Al margen ya de las diversas críticas formuladas, lo cierto es que existe cierta coincidencia doctrinal en que uno de los problemas más serios que tuvo el Tribunal de Garantías para su funcionamiento fue el de la excesiva politización en el nombramiento de sus miembros⁽⁸⁶⁾, además ya de la timidez frente al poder, la ausencia de una definición clara y valiente de su propio rol y la inexistencia de una verdadera preparación y ca-

(82) **Domingo García Belaunde**: "Teoría y práctica de la Constitución Peruana", tomo I, op. cit., pág. 150.

(83) Para **Valle-Riestra**, el Tribunal se limitaría a una casación formalística, reenviando las causas del Poder Judicial sin entrar al fondo del problema. **Javier Valle-Riestra**: "El fracaso de la Constitución", en "Lecturas sobre temas constitucionales", N° 8, op. cit., págs. 13 y sigs.; en concreto, pág. 20.

(84) **Martha Sousa Calle** y **Jorge Danós Ordóñez**: "El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general", en **Francisco Eguiguren** (dir.), "La Constitución Peruana de 1979...", op. cit., págs. 281 y sigs.; "La Constitución Peruana de 1979...", op. cit., págs. 281 y sigs.; en concreto, pág. 298.

(85) Lo cierto es que, pese a esta crítica, se nos antoja amplísima la legitimación contemplada por el art. 299 de la Constitución de 1979 para la interposición de las acciones de inconstitucionalidad: el Presidente de la República; la Corte Suprema de Justicia; el Fiscal de la Nación; 60 Diputados; 20 Senadores y 50,000 ciudadanos.

(86) **Domingo García Belaunde**: "La Constitución traicionada", op. cit., pág. 61.

pacitación judicial de buen número de los magistrados del Tribunal⁽⁸⁷⁾.

Cuantas críticas se han expuesto no obstan en lo más mínimo para que la doctrina haya entendido necesario el mantenimiento del Tribunal en la nueva Carta política. De ahí que se multiplicaran los juicios desfavorables frente al texto del Anteproyecto de Constitución publicado el 20 de mayo de 1993, cuando, en este punto concreto, suprimía la figura del Tribunal, procediendo a crear en el seno de la Corte Suprema una Sala Constitucional, a la que se otorgaba la función de control de la Constitución (más bien habría que decir de control de la constitucionalidad de las normas), Sala que era declarada competente para conocer, en única o en segunda instancia, según los casos, las acciones encaminadas a la salvaguarda de la Constitución. Es paradigmático de esta postura el texto propuesto, en julio de 1993, por el Colegio de Abogados de Lima en relación a la Justicia Constitucional, texto en cuya Exposición de Motivos se aducía que mantener las otras competencias del Tribunal de Garantías dentro del nivel del Poder Judicial implicaba tanto desconocer la realidad del mismo, como recalentar innecesariamente los circuitos de relación de dicho Poder con un control de constitucionalidad que no habría de hacer de modo efectivo y que, en último término, afectaría innecesariamente el curso natural de su función de administrador de justicia.

(87) **Anibal Quiroga León**: "Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano", en **Anibal Quiroga León** (comp.), "Sobre la Jurisdicción constitucional", Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, págs. 147 y sigs.; en concreto, págs. 186.

A la vista de cuanto hemos expuesto, puede comprenderse el por qué el Congreso Constituyente Democrático, modificando sus propuestas iniciales, se avendría finalmente a acoger la institución del esta vez denominado Tribunal Constitucional, al que se atribuye el conocimiento: en única instancia, de la acción de inconstitucionalidad; en última y definitiva instancia, de las resoluciones denegatorias de "habeas corpus", amparo, "habeas data" y acción de cumplimiento, y, por último, de los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a la ley, lo que entraña, como resulta evidente, una ampliación del ámbito competencial de este órgano, en una dirección que se aproxima a la postulada por la mejor doctrina⁽⁸⁸⁾.

La Carta política de 1993 ha incidido de modo muy significativo sobre el perfil orgánico del Tribunal Constitucional, tanto al reducir su número de miembros, que pasa a ser ahora de tan sólo siete magistrados (frente a los nueve del Tribunal de Garantías Constitucionales), como, y sobre todo, al hacer recaer su elección sobre el Congreso de la República, que procede a la misma con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. La notable cualificación de la mayoría del Congreso exigida reduce notoriamente el peligro de politización partidista en la elección de los magistrados constitucionales, al requerir ésta de un amplio acuerdo parlamentario que ha de englobar lógicamente a varias formaciones políticas.

(88) Domingo García Belaunde: "¿Reforma constitucional?", op. cit., pág. 352.

La Constitución incide asimismo sobre el estatuto jurídico de los magistrados constitucionales, que, a grandes rasgos, queda caracterizado del siguiente modo:

- 1) Exigencia para acceder al Tribunal, de los mismos requisitos que para ser Vocal de la Corte Suprema, siendo de recordar al respecto que uno de esos requisitos (art. 147.4) es el de haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.
- 2) Inelegibilidad de los jueces y fiscales que no hayan dejado su cargo con un año de anticipación, exigencia un tanto incomprensible, por cuanto no es el Poder Judicial el que elige a los magistrados constitucionales y, además, hay que suponer que el cargo de magistrado o fiscal superior lo que hace es cualificar a la persona profesionalmente, de modo análogo al ejercicio de la abogacía o de la cátedra, por lo que no se entiende la diferencia de trato entre aquella y estas dos últimas profesiones jurídicas.
- 3) Reconocimiento a los magistrados del Tribunal Constitucional de un régimen de inmunidad y de unas prerrogativas idénticas a las que gozan los congresistas.
- 4) Establecimiento para los magistrados del Tribunal del mismo régimen de incompatibilidades que los congresistas; y
- 5) Interdicción de la reelección inmediata, lo que supone que cada cinco años se ha de renovar en bloque el Tribunal, sin que exista la posibilidad

de permanencia en el cargo, por medio de la reelección, de ninguno de sus miembros.

La última de las materias sobre las que incide de modo notable la Carta actual del Perú es la relativa a la legitimidad para recurrir en vía de acción de inconstitucionalidad, que resulta sustancialmente alterada. El art. 203 de la Constitución sigue manteniendo la legitimación del Presidente de la República y del Fiscal de la Nación, mientras que suprime, con excelente criterio, la de la Corte Suprema de Justicia y sustituye la legitimación de 60 diputados (sobre un total de 180, lo que suponía exigir para recurrir el acuerdo del tercio del número legal de miembros de la Cámara Baja) prevista en 1979 por la del 25 por 100 del número legal de congresistas, o lo que es igual, 30 congresistas (además ya, como resulta obvio, de suprimir la legitimación antes prevista de 20 senadores). Por otra parte, el nuevo texto reduce el número de ciudadanos requerido para accionar este recurso de 50.000 a 5.000, precisando además que si la norma a impugnar fuese una ordenanza municipal, la legitimación corresponderá al 1 por 100 de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de 5.000 establecido con carácter general. Finalmente, el art. 203 de la Constitución legítima asimismo, en lo que constituye auténtica novedad, al Defensor del Pueblo; a los Presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional y a los Alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en ambos supuestos en materias de su competencia, y, por último, a los Colegios Profesionales, también en materias de su especialidad.

La notabilísima ampliación de la legitimación para accionar en vía de inconstitucionalidad quizá tenga como explicación más plausible la coherencia con el fortalecimiento de la participación democrática del pueblo que inspira a la Norma suprema, como también, muy posiblemente, venga dada, en cierto modo en relación dialéctica, con el escaso número de acciones de inconstitucionalidad presentadas ante el Tribunal de Garantías con sede en Arequipa, que algún sector doctrinal justificó sobre la base de la restrictiva legitimación prevista al efecto por la Carta de 1979. En todo caso, a nuestro entender, la legitimación comentada ha sido regulada por la nueva Constitución con una, a todas luces, desmedida amplitud.

Nos referiremos ya para finalizar, a una última novedad muy positiva en relación con el control de la constitucionalidad y sus efectos jurídicos. De conformidad con el art. 204 de la Constitución, al día siguiente de la necesaria publicación en el Diario Oficial, de una sentencia del Tribunal que declare la inconstitucionalidad de una norma, dicha norma quedará sin efecto, previsión que contrasta con la criticable vaguedad que en este punto regía en la Constitución precedente, que se limitaba a establecer que el Tribunal había de comunicar al Congreso la sentencia de inconstitucionalidad de normas emanadas del Poder Legislativo, debiendo el Congreso aprobar una ley que derogara la norma inconstitucional; sólo si transcurridos 45 días naturales no se hubiera promulgado la derogatoria, se entendería "ex constitutione" derogada la norma inconstitucional. Frente a ello, con mucho más rigor, la actual Constitución determina que, como

no puede ser de otra manera, la declaración de la inconstitucionalidad de una norma, sin otro requisito que el de la publicación de la sentencia del Tribunal en que así se haga constar, desencadena la consecuencia de la dejación sin efecto de la norma viciada de inconstitucionalidad.

Santiago de Compostela,
1 de marzo de 1994