

Entrevista Al Dr. Jorge Avendaño Valdez^(*)

LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993^(**) (***)

Usted fue miembro de la Comisión creada por el gobierno transitorio encabezada por el Dr. Valentín Paniagua para estudiar una reforma a la Constitución de 1993. ¿En qué consistió la labor de esta Comisión?

Bueno, en primer lugar la Comisión no fue conformada con el propósito de modificar la Constitución de 1993. Se hizo con la idea de estudiar las bases generales de una nueva Constitución. Por lo que dentro de la Comisión decidimos no partir de la Constitución del 93, sino partir preferentemente de la Constitución del 79 teniendo en cuenta, por supuesto, lo dispuesto por la Constitución 1993.

Nuestro producto final no fue una propuesta de articulado, fue un texto en prosa de las principales instituciones, los principales rubros o capítulos de una nueva Constitución. Se trabajó durante un mes y medio y nos dividimos en ocho sub Comisiones, que trataban sobre el Poder Judicial (de la que fui el coordinador), el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, el Sistema Electoral, los Derechos Fundamentales, la Descentralización y el Régimen Económico.

¿Qué alternativas propuso la Comisión para reformar la Constitución de 1993?

Ese fue motivo de debate el primer día, el cual amenazó con tomarse extremadamente difícil y largo. Felizmente en ese primer encuentro se tomó la decisión de no dar una opinión inicial sobre cómo reformar la Constitución, simplemente se acordó que una vez que se hiciera la propuesta completa, al final de ésta íbamos a consignar las distintas alternativas que existen para llegar a una reforma constitucional.

La Comisión no propuso una única alternativa, propuso tres alternativas que están recogidas en la propuesta final bajo el título: Procedimientos para una Reforma Constitucional.

La primera y más radical de las alternativas es que el Congreso de la República declare la nulidad de la Constitución del 93 y declare la vigencia de la carta del 79, esto sin embargo reconociendo los actos que se han cumplido bajo la vigencia de la Constitución del 93.

(*) Abogado y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica. Congresista de la República (1996-2000). Decano del Colegio de Abogados de Lima (1993-1998). Miembro de la Comisión Revisora de la Constitución de 1993.

(**) La presente entrevista fue elaborada y realizada por Ricardo Arbuco-Guarín, Luis A. Angulo González-Vigil, ambos alumnos del Décimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y por Sergio Arístiz Rodríguez-Carpí, alumno del Noveno Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Miembro de Advocatus Nuevo Época.

(***) Advocatus Nuevo Época agradece al profesor Walter Oliveri Orrego por su generosa y valiosa colaboración en la preparación de la presente entrevista.

La segunda alternativa es utilizar los mecanismos de la actual Constitución para modificarla, es decir, utilizar el procedimiento de la mayoría absoluta más Referéndum o en su defecto utilizar el procedimiento de las dos legislaturas con dos tercios del voto favorable.

La tercera alternativa es aprobar una ley de Referéndum a fin de consultar al pueblo si se debe retornar a la Constitución del 79, o si se quiere que se apruebe una nueva Constitución, en este caso se convocaría a una Asamblea Constituyente.

¿No considera Usted que es negativo para el país cambiar continuamente de Constituciones?, ¿ésto no demostraría que el Perú es de una forma, políticamente inestable?

Bueno, sí y no. Yo le concedo la razón en que, efectivamente, hemos tenido muchas constituciones en el Perú, siendo lo más conveniente lograr una estabilidad de carácter Constitucional. Los países avanzados generalmente tienen una Constitución de larga data, de larga duración en el tiempo, sin embargo en nuestro caso no se puede olvidar que la Constitución del 93 en primer lugar fue fabricada al gusto del cliente, en este caso Fujimori, en segundo lugar fue aprobada por un Referéndum que nadie sabe si fue real, siendo lo más probable que el voto popular se falseó y en tercer lugar esa Constitución se hizo con la finalidad de que se restableciera y consolidara un gobierno dictatorial o por lo menos autoritario. Entonces, con todas estas cosas de por medio, yo creo que esta Constitución no debe subsistir como tal. Quizás lo que se puede hacer es regresar a la Constitución del 79 pero se le deben hacer cambios importantes, adecuarla a los tiempos actuales.

En un inicio consideré que más bien los cambios había que hacérselos a la Constitución de 1993 pero pesaron mucho en mi ánimo los argumentos de quienes sostienen que hacerle cambios a la Constitución del 93 es de alguna manera consolidar una Constitución emanada de un origen discutible, por lo que hoy me inclino a que se le hagan cambios a la Constitución del 79.

De otro lado, no considero que dichos cambios contribuirían o reflejarían una Inseguridad Jurídica, hay que hacerlos con tranquilidad, a fin de demostrar que tanto el legislador como el pueblo cuentan con una adecuada conciencia social y política. Ahora bien, no considero necesario realizar un Referéndum, ya son demasiadas elecciones, por eso creo que el Congreso debe aprobar las enmiendas necesarias a la Constitución del 79.

¿Considera Usted que la Constitución de 1993 es superior o inferior sustantivamente hablando que la de 1979?

Es inferior. En primer lugar copio muchas cosas de la carta del 79. Aunque, es cierto que cuenta con algunas mejoras como la Defensoría del pueblo que no estaba en la Constitución del 79, el desarrollo de los Derechos Fundamentales de la Administración de Justicia y los mecanismos de democracia directa como el Referéndum que lamentablemente el gobierno de Fujimori se encargó de distorsionar.

La Constitución del 93 tiene algunas ventajas, es cierto, pero en el régimen económico, por ejemplo, la Constitución del 79 es más sólida, está mejor lograda y lo más importante es que no fue hecha a la voluntad de una persona con miras a perpetuarse en el poder, su creación fue fruto de un consenso político que se produjo en la Asamblea Constituyente.

Con relación al aspecto económico existe un gran número de partidarios de la Constitución del 93 que señalan que la Constitución del 79 habría sido buena en los años 40, 50 o 60, oportunidad en la cual, tal como Usted nos dijo, diversos partidos debieron ponerse de acuerdo

en la gobernabilidad del país, pero en los 90's, el antiguo gobierno de economía cerrada habría colapsado en el mundo y tendría que ser sustituido por una fórmula de economía abierta. ¿No le parece que la Constitución de 1979 no respondía a ésta última fórmula económica?

La Constitución de 1979 no consagraba una economía cerrada, consagraba si no me equivoco una economía social de mercado y eso es lo que debemos seguir. Yo no creo que haya un cambio, todo el proceso de privatizaciones y demás que hizo el Gobierno de Fujimori, la apertura económica al mundo, habría sido perfectamente posible con arreglo de la Constitución del 79.

Dentro del sistema de la economía social de mercado hay un tema muy importante que no es tocado por la Constitución del 93, la función social de las propiedades. El ejercicio de la propiedad en razón del interés social es importantísimo, sin embargo, la Constitución de 1993 no recoge, por ejemplo al interés social como causal de expropiación, cómo si hacía la Constitución del 79. Esto se debe a la reacción que hubo luego de que se quisiera en el Gobierno de Alan García expropiar la Banca invocando el interés social.

Considero que esto debe ser revisado, tal como lo propone la Comisión de estudios de las bases de una Reforma Constitucional. El interés social es importantísimo para el ejercicio del derecho de propiedad y como sustentó básico del fundamento de una expropiación.

Señaladas las razones políticas y la idea legítima de que en un Gobierno Democrático debe haber una Constitución Democrática, en este caso una nueva Constitución. ¿No sería ineficiente crear una nueva Constitución en lugar de utilizar la del 93 y hacerle cambios a ella? ¿Es tan fuerte la opinión política en ese sentido?

Desde un punto de vista práctico, evidentemente lo más fácil es introducirle un determinado número de cambios a la actual Constitución, eso es lo práctico y lo que funcionaría más rápido en el Congreso. Pero hay una cosa muy simbólica de la que hablamos hace un rato, ya están las bases para que, sin restituir quizás la Constitución del 79, se pueda aprobar un nuevo texto Constitucional.

En sí se pueden hacer cambios tanto a la Constitución del 79 como a la del 93 conforme a las bases planteadas por la Comisión, las mismas que pueden ser estudiadas por la Comisión de Constitución del Congreso, por una Comisión especial y por otros especialistas para así obtener un nuevo texto Constitucional. De esta manera, dicho texto sería logrado por un Gobierno inobjetable, en una elección incuestionable. Es menos práctico, pero es más sólido jurídica y políticamente, sobre todo políticamente.

Y le daría una mejor imagen al país, ¿no?

Creo que sí, y no daría la sensación de premura en el cambio, ni que estamos haciendo las cosas un poco a la criolla, sino una cosa bien hecha, una Comisión del Congreso que se tome un año en estudiar en serio este documento que ya es un aporte del Gobierno de Paniagua y sobre la base de ello elaborar un nuevo texto constitucional.

¿Qué opinión le merece que la Constitución de 1993 sea la primera Constitución refrendada por el pueblo?

El hecho que la Constitución del 93 haya sido la primera Constitución refrendada por el pueblo merece la mejor de las opiniones, si es que verdaderamente la refrendó el pueblo, pregunto

que nos queda a todos los peruanos después de todo lo que hemos sabido. Lamentablemente, el Referéndum fue la excusa que obtuvo Fujimori después del Auto Golpe. El Congreso Constituyente Democrático tenía un origen discutible, por lo que recurrió a la aprobación popular, mecanismo que probablemente manipuló para obtener la consagración.

En principio estoy de acuerdo con todo lo que es mecanismo de democracia directa y me parece muy bien, esa es una ventaja de la Constitución del 93 respecto a la Constitución del 79. Sin embargo, se encargaron de desvirtuarla a través de una ley especial que hizo imposible el Referéndum, cómo quedó demostrado cuando no se permitió la aprobación popular para la reelección.

¿Por qué un gobierno democrático como el actual no puede convivir con una Constitución que según Usted nació de forma cuestionable?

Bueno si puede, política y jurídicamente no es imposible convivir con ella porque formalmente la Constitución existe, ha sido promulgada y además hay una serie de actos que se han practicado con arreglo de esa Constitución. No olvidemos que el Presidente Paniagua y el actual Gobierno han sido elegidos con arreglo a la Constitución del 93, no se puede tapar el sol con un dedo y negar la realidad. Los abogados somos amigos de crear ficciones pero aquí no podemos hacer eso, la Constitución del 93 existe y es posible que un Gobierno Democrático siga funcionando con arreglo a ella. Pero, simbólicamente es muy bueno, que como cambio sustancial de la política y jurisdicción peruana se comience a estudiar por este Gobierno inobjetablemente elegido una reforma Constitucional que ponga las cosas en su lugar para así retirar del espectro del sistema legal peruano una Constitución hecha en los términos en que fue hecha la del 93.

Si el Congreso decide declarar nula la actual Constitución, ¿qué pasará con los actos de gobierno realizados dentro de la vigencia de esta Constitución?

Bueno, si el Congreso —tal como propone la Comisión— eventualmente declara nula la Constitución, tendría que confirmar la validez de determinados actos ocurridos durante todo este tiempo, para que no se queden sin sustento jurídico.

¿Cree Usted que el ciudadano común tiene conocimiento de la importancia que tiene la Constitución para la vida democrática del Estado o no le da la importancia debida?

Lamentablemente el común de los ciudadanos no le da la importancia que debería a la Constitución lo que es producto de un defecto en la educación escolar y la educación universitaria. Lo que realmente les importa, como es natural, es el bolsillo, tienen necesidades y urgencias dramáticas, por lo que es mucho más rentable políticamente construir una carretera o un puente o una autopista en la ciudad, o bajar los precios de los alimentos o las medicinas.

Sin embargo considero que toda esta experiencia terrible que ha vivido el Perú ha servido para que mucha gente se de cuenta de la importancia del Estado de Derecho. Es decir, que tienen que ser respetados los derechos de las personas, éstos no pueden ser avasallados por nadie, en particular por el Estado, por lo que tienen que haber mecanismos para controlar el abuso de poder. Los peruanos tenemos que aprender a respetar la Constitución, lo que se puede lograr mediante un proceso educativo que, aunque lento, brindará al país la estabilidad que necesita. El Perú ha vivido una experiencia de la cual finalmente los peruanos podemos tener buenas conclusiones.

El Profesor Francisco Miró Quesada Rada señala que el unicameralismo tal como está concebido en nuestro ordenamiento Constitucional y de acuerdo a la forma como ha quedado establecido en el Congreso, conspira contra el parlamentarismo auténtico y democrático. ¿Considera Usted indispensable para una auténtica democracia el retorno a la dualidad de cámara? Puesto que los que se oponen consideran que este regreso haría el trabajo del Congreso más lento y burocrático.

No creo que sea indispensable para una vida democrática retornar a la dualidad de cámaras, ya que puede haber un Sistema Democrático en determinado país que funcione con una sola cámara. Sin embargo, en el caso peruano, considero necesario retornar a la bicameralidad. Yo sé que este es un asunto muy discutible y que a veces los peruanos actuamos en péndulo, así como salimos de la bicameralidad nos fuimos a la unicameralidad y ahora queremos regresar nuevamente a la bicameralidad. Yo he vivido durante cinco años en el Congreso el sistema unicameral, e inicialmente cuando era Decano del Colegio de Abogados, yo abogué por la unicameralidad, con miras a una mayor eficiencia legislativa y a un mejor producto legal, pero me he dado cuenta que no, porque la unicameralidad funciona sobre la base de comisiones muy competentes y eso no hay en el Congreso Peruano, no lo hubo en el Congreso del 95 y me temo que tampoco hay hoy día un Congreso realmente eficiente, capaz de sustentar los proyectos adecuadamente por lo que sus dictámenes son débiles, inconsistentes y superficiales, siendo el debate en el pleno más político.

Las leyes tienen que ser bien pensadas, las leyes no se dictan porque nos parece justo o tenemos la intuición, las leyes tienen que basarse en información factual de carácter económico, de carácter social, de carácter antropológico. Las leyes tienen consecuencias económicas y sociales por lo que los legisladores tienen la obligación de preocuparse por esas consecuencias, con prescindencia ya de su filiación política. ¿Ustedes se dan cuenta?. Entonces este tiene que ser un trabajo muy bien hecho, muy bien compendiado y eso en las Comisiones del Gobierno peruano, no se hace.

¿Pero el regreso a una dualidad de cámara no nos va a asegurar, en todo caso, la capacidad de los congresistas al tomar estos proyectos?

No, pero por lo menos asegura una doble mirada, que es una ventaja porque es una segunda visión que haría una Cámara de Senadores. Estamos proponiendo que todo proyecto de ley se origine por la Cámara de Diputados donde hay un debate más político, para luego ser revisada por la Cámara de Senadores que sería una cámara más chica, conformada por gente de mayor edad y experiencia, lo que proporcionaría una revisión más reflexiva.

Yo estoy de acuerdo con sacrificar la eficiencia o la rapidez en la producción legislativa, en aras de un mejor producto legal y eso, creo que lo garantiza mejor la existencia de dos cámaras.

¿Considera que se deba modificar el actual sistema electoral, unificar el sistema electoral en un único ente?

Considero que hay que cambiar el sistema electoral ya que este sistema de tres cabezas (ONPE, RENIEC, JNE) ha demostrado que fue hecho adrede para un fraude electoral, por lo menos para una elección, si es que no hubieron más.

En tal sentido debe de haber un solo ente a la cabeza, ya no un sistema de tres entes autónomos que conforman el sistema de la Constitución actual. Debe haber el Jurado Nacional

de Elecciones a la cabeza del sistema y luego la Oficina Nacional de Procesos Electorales, la cual también debe ser autónoma y tener la tarea propia de organizar los procesos electorales, pero finalmente debe estar sujeta y sometida dentro de esa autonomía al Jurado Nacional de Elecciones como ente supremo.

En todo caso para poder garantizar esta autonomía del nuevo sistema electoral, ¿qué mecanismos se proponen para designar a los miembros de la misma, para así evitar especulaciones de fraude?

En las bases se propone, en primer lugar cambiarle el nombre al Jurado Nacional de Elecciones y llamarlo Tribunal Supremo Electoral, pero ese es un problema de nombre. El Tribunal Supremo Electoral es la máxima instancia en materia de justicia electoral, mientras que la Oficina Nacional de Procesos Electorales, queda articulada dentro de la estructura unitaria pero conserva autonomía técnica, administrativa y funcional para organizar y conducir los procesos y consultas electorales.

Ahora, en cuanto al nombramiento del Tribunal Supremo Electoral, la composición de sus integrantes es la misma que tiene actualmente el Jurado Nacional de Elecciones manteniendo los mismos requisitos que estipula la constitución. El único cambio es que los miembros designados por el Poder Judicial y por el Ministerio Público deben ser abogados, pueden ser abogados de la "cale" que no sean ni hayan sido miembros del Ministerio Público ni del Poder Judicial. Aquí no hay intervención del Consejo Nacional de la Magistratura.

¿Considera Usted necesario que el voto sea obligatorio o debe ser facultativo?

Considero que el Perú debe adoptar el voto facultativo ya que el voto obligatorio se presta para la manipulación, como lo demostró Fujimori. Hay que evitar que se influya en las decisiones electorales, haciendo que voten, como en todas las sociedades avanzadas, las personas que realmente tienen interés en el destino político del país.

¿Cree que la nueva Constitución debería reconocer el derecho a voto a los militares?

Enfáticamente creo que los militares deben poder votar, ya que es conveniente que los miembros de las Fuerzas Armadas tengan una opinión política representada a través del derecho a voto. No formarán parte de partidos políticos, pero sí tendrán derecho a decidir, al igual que todos nosotros, el camino que el país debe seguir.

¿Considera que las regiones cuentan con la capacidad suficiente para poder ser gobiernos con autonomía económica y política en un corto plazo?

En un corto plazo es difícil, ojalá sea en un mediano plazo. En lo que respecta a la capacidad no tengo la menor duda que las personas la tienen. Ahora, la capacidad económica se dará en la medida que el gobierno central asigne los recursos a las provincias, a las regiones.

Que haya autonomía legislativa y económica, ese pues es un problema en todos los Sistemas Descentralizados, hay que compatibilizar la autonomía con el Gobierno Central, entonces tampoco conviene pecar por exceso y reconocerles una autonomía total a las regiones.

¿Considera necesario que la Constitución trate temas sobre el Internet, la firma digital, la inviolabilidad de los correos electrónicos, etc. o esto se debe de normar por legislaciones especiales?

Dichos temas deben ser regulados mediante legislación especial. La Constitución no puede ser muy reglamentarista ni puede ser muy extensa. La Constitución es un marco político para defender al ciudadano frente al Estado, garantizar los derechos fundamentales, asegurar los mecanismos para la defensa de los derechos fundamentales y establecer la estructura del Estado a través de sus poderes, eso es todo. No debemos entrar en un exceso de precisión legal en materia Constitucional.

Por último, ¿considera Usted acertado lo regulado por la actual Constitución con relación al Tribunal Constitucional en contraste con lo regulado por la anterior Carta Magna por el Tribunal de Garantías Constitucionales?

Yo creo que es mejor la actual regulación, pero cabe señalar que nosotros hemos propuesto unos pequeños cambios.

Nosotros proponemos ampliar el número de Magistrados de siete a nueve permitiéndose la composición de dos salas. El Presidente fuera y dos salas de cuatro. De tal manera que en las salas se verían los procesos de garantías menores como la Acción de Amparo, el Habeas Corpus, el Habeas Data y la Acción Popular. La Acción de Inconstitucionalidad sería vista por el pleno.

La elección de los Magistrados la haría siempre el Congreso de la República. Esto es importante, ya que algunas personas reclamaron que el Consejo Nacional de la Magistratura debía elegir a los Magistrados, siendo este planteamiento poco acertado porque el poder del Tribunal Constitucional, al ser muy grande, puede dejar sin efecto una ley, puede enmendarle los actos al Congreso y hasta al propio Ejecutivo. Por esta razón, el nombramiento de los Magistrados no puede emanar de un órgano que a su vez también ha sido nombrado, por eso se estimó acertadamente que el nombramiento debe emanar de los representantes del pueblo, el Congreso.