

REVISTA PERUANA  
DE DERECHO CONSTITUCIONAL

# **HISTORIA CONSTITUCIONAL**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  

---

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

## Contenido

Ernesto Blume Fortini <i>Presentación</i> .....	15
<b>SECCION ESPECIAL</b>	
Daniel Soria Luján <i>Educación Universitaria y Gobierno en el Perú del Siglo XIX: La propuesta de Paul Pradier-Fodéré</i> .....	27
Dante Martin Paiva Goyburu <i>Repaso normativo de la “República Aristocrática” (A un siglo de su culminación)</i> .....	53
Edgar Carpio Marcos y Oscar Pazo Pineda <i>Evolución del Constitucionalismo Peruano</i> .....	73
Freddy Centurión Gonzales <i>La crítica de Juan Bautista Alberdi a la Constitución Peruana de 1839</i> .....	113
José Francisco Gálvez <i>Las deliberaciones parlamentarias en la Historia Constitucional (1822-1979)</i> .....	135
José Palomino Manchego <i>Contribuciones del Comendador Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846) en el campo del Derecho Constitucional e influjo de la invasión napoleónica a España y Portugal (Una mirada comparada de la Historia Constitucional)</i> .....	165

Martha Lorente  
*Quien teme al pouvoir constituant. Historia vs. Voluntad en el primer constitucionalismo hispanoamericano* ..... 181

Roberto Blanco Valdés  
*España: de la estabilidad política a la ingobernabilidad* ..... 203

## MISCELANEA

Berly López Flores  
*El control de convencionalidad de las excepciones en los procesos constitucionales* ..... 235

Félix Ramírez Sánchez  
*¡Que locura enamorarme de ti!: El reconocimiento del derecho de amar como derecho fundamental* ..... 249

Javier Ferrer Ortiz  
*La laicidad del Estado Peruano* ..... 297

Martha Cecilia Paz  
*Una mirada comparada para un problema ancestral. Sextorsión. Mas allá de la extorsión sexual* ..... 337

Alfredo Orlando Curaca Kong  
*Las Municipalidades y sus Derechos Fundamentales. Breve estudio sobre la participación de las Municipalidades como parte accionante en los procesos constitucionales de la libertad* ..... 373

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

Edwin Figueroa Gutarra  
*Twitter y bloqueo. Entre el libre albedrío y la libertad de comunicación* ..... 433

Guillermo Sevilla Gálvez <i>La restitución del derecho a la libertad personal y otros derechos de una persona con discapacidad. Comentarios a la Sentencia emitida en el Exp. N° 00194-2014-PHC/TC.....</i>	449
Juan Manuel Sosa Sacio <i>El derecho a la alimentación y los umbrales de cumplimiento de los derechos sociales. Comentario al Caso Velásquez Ramírez STC Exp. N° 1470-2016-PHC/TC.....</i>	463
Luis Sáenz Dávalos <i>La protección especial de los animales y su relación con los derechos fundamentales. Reflexiones a partir de la sentencia emitida en el Exp. N° 7392-2013-PHC/TC.....</i>	483
María Candelaria Quispe Ponce <i>La protección constitucional de los derechos de las mujeres madres en el ámbito laboral. Comentario a la STC 01272-2017-PA/TC.....</i>	495
Paola Ordoñez Rosales <i>Recordemos que un abuelo (a) tiene la sabiduría de un búho y el corazón de un ángel. A propósito de lo resuelto por el Tribunal Constitucional que reconoce a los abuelos como apoderados de sus nietos ante las APAFAS.....</i>	501
Susana Távora Espinoza <i>El servicio de distribución de gas natural. El caso del método del cobro. Comentarios a la STC 04801-2017-PA/TC (19 de noviembre de 2019).....</i>	513
<b>CLASICOS</b>	
Raúl Ferrero Rebagliati <i>El control de la constitucionalidad de las leyes.....</i>	521

## DOCUMENTOS

*Forum sobre "Inconstitucionalidad de las leyes" .....* 529

Augusto Ferrero Costa

*Raúl Ferrero Rebagliati: precursor de un Tribunal Constitucional para el Perú.....* 561

## RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

Luis Sáenz Dávalos

*El estado de cosas inconstitucional (Melissa Fiorella Díaz Cabrera)...* 569

María Candelaria Quispe Ponce

*Derecho de Alimentos (Luz Jarrín de Peñaloza) .....* 573

Nadia Iriarte Pamo

*La Institución del Jurado (Ella Dunbar Temple).....* 579

Oscar Díaz Muñoz

*Estado y Religión. Comentarios a la Ley de Libertad Religiosa (Carlos R. Santos Loyola. Coordinador).....* 585

Piero Nicolás Toyco Suárez

*Los derechos fundamentales en el Estado prestacional (Peter Häberle).....* 589

## Las deliberaciones parlamentarias en la Historia Constitucional (1822-1979)

✍ JOSÉ FRANCISCO GÁLVEZ\*

### Sumario

**I.** La forma de gobierno: República vs. Monarquía (1822). **II.** El diseño del espacio político territorial: República Federal vs. República Unitaria e inicios del control parlamentario (1828). **III.** La responsabilidad política: La moción de censura contra los ministros (1849). **IV.** La Relación Iglesia-Estado y la abolición del fuero eclesiástico (1856). **V.** La Pena de muerte (1856 y 1860). **VI.** La incorporación del Hábeas Corpus en la Constitución (1920). **VII.** El restablecimiento de las Comunidades Campesinas y Nativas, y el régimen jurídico de sus tierras (1920). **VIII.** El protagonismo del Poder Legislativo, primer poder del Estado (1933). **IX.** El nuevo Estado de Derecho: La Asamblea Constituyente (1978). **X.** Conclusiones.

135

### I. Introducción

**E**xponer acerca del desarrollo de la historia constitucional es aludir también a los grandes debates del Congreso de la República que, por su naturaleza deliberante, contemplaron temas de coyuntura como aquellos orientados al afianzamiento del sistema político, marcando el derrotero de su existencia. Desde la Sociedad Patriótica de Lima, foro convocado por el Protector del Perú en 1821, a iniciativa de su secretario Bernardo Monteagudo, líder de los monarquistas, para discutir sobre el sistema de gobierno a establecerse en el Perú, dio paso al surgimiento del sector republicano bajo la figura de José Faustino Sánchez Carrión, quien finalmente neutralizó la propuesta gubernativa, logrando postergar su discusión hasta la instalación del próximo Congreso.

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Geografía e Historia por la Universidad Complutense de Madrid.

Al instalarse el Congreso Constituyente el 21 de septiembre de 1822, los legisladores se dedicaron a redactar la Constitución, estableciendo una comisión respectiva cuyos puntos capitales se encuentran en las Crónicas Parlamentarias. Las discusiones fueron transcritas en los Diarios de Debates y en los periódicos de la época, posteriormente. Éstas abordaron temas como: la forma de gobierno; el diseño del espacio político territorial: federal o unitaria e inicios del control parlamentario; la moción de censura como responsabilidad política de los ministros; reflexiones en torno a la pervivencia de la pena de muerte; las relaciones Iglesia-Estado; la reincorporación de las Comunidades Indígenas, y el nuevo Estado de Derecho.

## II. La forma de gobierno que mejor convenga al país: República vs. Monarquía (1822)

El Protector del Perú, don José de San Martín con el fin de convencer a los notables y analizar la forma más conveniente de gobierno para el Perú, estableció la Sociedad Patriótica de Lima, tal como sucedió en Buenos Aires (1812). Ante esta, el régimen representado por Bernardo Monteagudo (secretario y Ministro de Guerra) propuso el proyecto monárquico para el Perú, pues en las Provincias Unidas de Río de la Plata (Argentina) y Chile que optaron por la república al carecer de experiencia previa, sucumbieron ante la anarquía. José Faustino Sánchez Carrión, quien no había sido invitado a la Sociedad defendió a la república como régimen definitivo a través de dos cartas enviadas a los periódicos *La Abeja Republicana*, *Correo Mercantil y Político de Lima*. Debate que, aunque previo a la instalación del Congreso, no ha dejado de ser actual pues, aunque se denomine República Peruana, símil de la versión francesa, cuenta con elementos parlamentaristas.

Partidario de un gobierno fuerte, Bernardo Monteagudo desde el periódico *El Pacificador* sostenía que: «Los enemigos mayores de América no son los españoles sino las ideas exageradas de libertad»<sup>1</sup>.

La ignorancia era sinónimo de marginación; esta solo podía ser subsanada en la medida que se incentive el fomento a la instrucción pública, con lo cual la educación a las leyes y a los conocimientos haría posible la conservación de los derechos, sirviendo de garantía a las instituciones

---

<sup>1</sup> Puente, Carlos A. de la. (1964) *Ensayos y Oraciones*. Lima: Gráfica Americana S.A.

que fueran a establecerse. Esta preparación contendría el posible exceso de poder, la cual se vería complementada con la libertad de imprenta, elemento regulador de las opiniones de los individuos y fiscalizador del gobierno. De lo contrario, la autoridad se convertiría en tirano, sojuzgando al pueblo sin mayor dificultad, lo que nos muestra la flexibilidad de su teoría política cuya variación estaba acorde con los sucesos de la época. En su opinión, los peruanos de entonces progresivamente tomarían conciencia -mediante las proclamas- de los principios que aportaba la independencia. En su «Memoria sobre los principios políticos que seguí en la administración del Perú, y acontecimientos posteriores a mi separación», señalaba que era en el Perú donde estaba más radicado el espíritu de la metrópoli; por el número de peninsulares que habitaban, reflejando al sector económico pujante.

Es por ello que Monteagudo fomentó el odio a los españoles al señalarlos como enemigos de la causa patriota, por lo cual era necesario retirarlos de la escena política y de todos los ámbitos, valiéndose del secuestro de bienes y la expatriación de cientos de españoles, pese a que varios de ellos habían jurado la independencia del Perú. Este fue su primer objetivo: « [para] (...) borrar hasta los vestigios de esa veneración habitual, que los hombres tributan involuntariamente á los que por mucho tiempo han estado en posesión de hacerlos desgraciados». El segundo objetivo consistió en plasmar gradualmente las ideas democráticas, pese a que los habitantes podían compartir los ideales de la misma forma que los países europeos, en la práctica las condiciones socioeconómicas eran marcadas: «(...) Hoy se teme conceder demasiado poder á los gobernantes, pero en mi concepto es mucho más de temer la muy poca obediencia de los gobernados»<sup>2</sup>.

A dichos principios expuestos se agregaba la formación de una élite dirigente, por lo que el régimen planteó el establecimiento, vía decreto Protectoral, de la institución denominada Orden del Sol -en base a la Legión de Honor que Napoleón Bonaparte estableciera en Francia durante el Imperio- con la finalidad de premiar a las personas que colaboraron con la causa patriota. Complementariamente, se agregaba la conformación de la misión que se envió a Europa, integrada por Juan García del Río

---

<sup>2</sup> Monteagudo, Bernardo (1973): Exposición de las Tareas administrativas del gobierno desde su instalación hasta el 15 de Julio de 1822. En: CDIP: Tomo XIII: Epistolario de José de San Martín. Vol. 1, p. 243.

y James Paroissien, con el propósito de buscar un príncipe para el Perú. Esto se llevaría a cabo entre las casas reales de Inglaterra, Rusia, Brunswick, Austria, Francia y Portugal. El tercer principio se inclinaba al fomento de la instrucción pública, a través de una educación práctica que garantice que cada ciudadano conozca y goce de sus deberes y derechos. Es así que Montegudo pretendía que cada uno de ellos llegara a ser un funcionario público. En este sentido, su primer paso fue la creación de la Biblioteca Nacional del Perú, y el segundo, la introducción del método de enseñanza lancasteriano bajo la dirección del presbiteriano Diego Thompson, quien vino de Chile y permaneció en Lima hasta 1824. Además, junto con esta clase ilustrada existirían legisladores a través de la Cámara de Representantes, quienes, a través de su gestión, fiscalizarían la marcha del Estado. El cuarto principio sostenía que la forma de gobierno debía salvaguardar la libertad del individuo, plasmada a través de una constitución, y limitar el funcionamiento del poder ejercido en los tres estamentos ya conocidos. La cristalización de la felicidad se daría con un gobierno que promueva el desarrollo del trabajo, de la industria y de los talentos.

138

En las «Cartas del Solitario de Sayán», José Faustino Sánchez Carrión plasmó su oposición al sistema monárquico, ya que para él el término emancipación era sinónimo de república y el de monarquía, decadencia. Señalaba que «los infinitos males que se conocen en nuestra patria no son incurables sino porque no se quiere aplicarles los específicos convenientes, o porque no se toma el trabajo de buscar el origen que los produce»<sup>3</sup>. Simpatizante del modelo norteamericano para la constitución del Estado peruano, sus *Cartas* nos remiten también a argumentos republicanos influenciados por las lecturas de Montesquieu y Rousseau. La forma de gobierno a adoptarse debía considerar el territorio, las costumbres y el carácter de sus pobladores lo que se complementaría con el disfrute de los derechos respetando los principios de libertad, seguridad y propiedad. El carácter de los peruanos era proclive a aceptar lo que se de, siendo propensos a convertirse en vasallos y no en ciudadanos, de ahí que el gobierno monárquico era inadaptable para el Perú, aunque fuese constitucional. El ejercicio de las leyes y el reconocimiento de las libertades constituían el

<sup>3</sup> Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú (1973): Colección Documental para la Independencia del Perú (CDIP): Tomo I: Los Ideólogos, vol. 9. Lima. Imprenta del Colegio Militar Leoncio Prado.

primer paso para la seguridad de los individuos y para su felicidad, frente a la figura del monarca.

Toda sociedad tenía como objeto la conservación y protección de los derechos del individuo a través de la voluntad inalterable de las leyes, lo que ayudaría a la protección del individuo al margen de su condición económica. El rezago de la sociedad colonial mantenía un abismo que solo sería superado con la existencia de derechos adquiridos con el tiempo por determinados individuos.

Ello lo llevó a postular una meritocracia donde fuesen los talentos, los méritos y la educación los que diferencien a los sujetos, ante lo cual la existencia de una clase noble sería contraproducente para las bases del sistema. Serían las leyes las que pondrían límites a los actos del hombre en la sociedad civil y no las órdenes de los burócratas, ya que estas terminaban por convertirse en un abuso de sus prerrogativas. En clara alusión a los argumentos de Monteagudo, reconocía que la opción monárquica era la que más había prevalecido a lo largo de la historia; pero también, que el pacto social rousseauiano había sido un ingrediente que limitó en su momento la tendencia absolutista del régimen en Francia.

139

Argumento que no es contrario a los mecanismos actuales de las repúblicas, donde nuestras autoridades elegidas se hallan amparadas por el derecho y la legitimidad, detentando la energía social o poder. Acatamos sus órdenes no por servidumbre si no por la presencia de un sistema de fuerzas sociales basadas en el reconocimiento de dichas autoridades como nuestros representantes.

José Faustino Sánchez Carrión o El Solitario de Sayán planteaba que la existencia de una familia monárquica y de la nobleza haría que el resto de las personas se sintieran y convirtieran a la postre en sus subordinados, como *caballerizos, mayordomos y demás turba palaciega*. Sin embargo, esto no solo se restringe a esta forma de gobierno; pues durante la república se crearon una suerte de redes de clientelas entre los sectores de las élites regionales y capitalinas con las clases medias urbanas y los sectores mayoritarios.

En cuanto a las costumbres, no cabe duda de que su propuesta era tendenciosa. Sánchez Carrión sostenía que los pueblos sabios y virtuosos

eran los únicos que no se regían por monarcas, ya que dicha la alusión correspondía a un asunto fáctico, como el caso de la Revolución Francesa, y no a una elaboración ética.

El debate luego se trasladó a tener una república con un Poder Ejecutivo fuerte o sometido a los dictámenes del Congreso, donde la figura del Presidente de la República, robustecida por el caudillaje, pasaba de ser Jefe de Estado y Jefe de Gobierno con responsabilidad política a derivar esta a los Ministros, a través del referendo ministerial como lo señala la Constitución de 1993: Artículo 120°.- Son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial<sup>4</sup>.

### **III. El diseño del espacio político territorial: República Federal vs. República Unitaria e inicios del control parlamentario (1828)**

Luego de la experiencia bolivariana con la llamada Federación de los Andes, donde la estabilidad reposaba en la existencia de cargos vitalicios como el de Presidente de la República o Jefe de Estado, encarnado en el propio Simón Bolívar junto al de los senadores, que conformaban la tricameralidad, se optó por buscar otra variable que otorgase la consolidación de la gobernabilidad de entonces.

140

José Faustino Sánchez Carrión sostuvo que no debía confundirse el federalismo, reflejo de los Estados Unidos de América, con la forma de gobierno que en realidad era una modalidad de la forma republicana, donde se producía un balance de poder entre el Gobierno central y el federal, ambos depositarios de la soberanía.

En el caso de las trece colonias el diseño espacial se había construido con la migración de afuera hacia adentro, donde cada una de ellas importó el modelo institucional europeo. A diferencia del Perú, el padrón hispano propició una sociedad multirracial que tomó como centro político y administrativo a la ciudad de Lima, constituyéndola como el eje central de todo, lo que históricamente, en el tiempo de los incas, era el Cuzco. En la guerra por la Emancipación si bien la legitimidad del proceso había

---

<sup>4</sup> García Belaunde, Domingo (2005): *Las Constituciones del Perú*. Lima. Fondo Editorial del Rectorado. Universidad San Martín de Porres.

sido consultado convocando a cabildo abierto en las ciudades, caseríos y pueblos como sostuvo Sánchez Carrión, ello no implicaba que dichas unidades políticas fuesen descentralizadas en su funcionamiento, sino que formaban parte de la centralización.

En este debate, el Congreso se convertía en protagonista de la descentralización, lo cual se percibía con las atribuciones establecidas en la Constitución de 1823: promoción de los intereses del departamento en general; fomentar la industria, educación e instrucción pública; mantener la policía del departamento; repartir a los contingentes del ejército y de la marina, si fuera el caso; velar por el funcionamiento de las municipalidades; llevar la civilización a las tribus salvajes limítrofes al departamento; examinar las cuentas de los cuerpos ediles; presentar candidatos en ternas dobles para prefecto, sub prefectos y gobernadores al Ejecutivo; proponer ternas para vocales supremos y superiores al Senado, así como remitirle la lista de candidatos a cabildos eclesiásticos al Obispo diocesano.

Aspecto que fue confirmado más adelante con la Carta de 1828: «Art. 2. La nación peruana es para siempre libre é independiente de toda potencia extranjera. No será jamás patrimonio de persona ó familia alguna; ni admitirá con otro Estado unión ó federación que se oponga á su independencia»<sup>5</sup>.

141

En la sesión del viernes 18 de enero de 1828, el Congreso General Constituyente debatió respecto a las facultades del Presidente de la República: «Se leyó la 1ª parte del artº 84 y dice: el ejercicio del Poder Ejecutivo no puede ser vitalicio y menos hereditario. Inmediatamente el señor Caravedo (*Don Isidoro*) obtuvo la palabra é insinuó al Congreso que así se atendía el pronunciamiento de los pueblos contra la perpetuidad del ejercicio del Poder Ejecutivo en una sola mano (...)»<sup>6</sup>.

La vigencia de la Constitución pronto colisionó con el modo autoritario y arbitrario del Presidente de la República Agustín Gamarra,

---

<sup>5</sup> García Belaunde, Domingo (2005): *Las Constituciones del Perú*. Lima. Fondo Editorial del Rectorado. Universidad San Martín de Porres.

<sup>6</sup> Perú: Cámara de Diputados: *Libro de actas de las sesiones públicas del Congreso General Constituyente del Perú. 1827-1828. Sesión del 10 de enero de 1828*. Lima.

poniendo en ciernes el funcionamiento de las limitaciones y controles vigentes. Hecho que tuvo su momento más álgido en la relación Ejecutivo-Legislativo, en el año 1832, fue cuando el diputado por Arica, Francisco de Paula González Vigil inició su intervención en el Congreso con su célebre YO ACUSO, poniendo en evidencia los excesos cometidos por los miembros del Poder Ejecutivo después del golpe de 1828 e instándolos a someterse a la Constitución.

#### **IV. La responsabilidad política: La moción de censura contra los ministros (1849)**

Luego del período de anarquía que caracterizó al Perú en la década de los treinta e inicios de los cuarenta, la institucionalidad se fue recuperando paulatinamente con la convocatoria a elecciones en 1845, que otorgaron el triunfo al general Ramón Castilla y Marquesado, conocido como el soldado de la ley, como Jefe de Estado. Su gestión contó con la colaboración de liberales y conservadores, quienes de acuerdo con la teoría política de la época, recreaban las relaciones entre los poderes políticos dentro de los regímenes gubernamentales de entonces. El caso peruano si bien republicano no fue ajeno a incorporar instituciones del régimen parlamentario, cuya simpatía provenía de décadas pasadas. Hasta la Constitución de 1839 era atribución del Presidente de la República (artículo 87º, inciso 23) nombrar a los Ministros de Estado y removerlos, haciendo efectiva su responsabilidad según las leyes.

142

Estos altos funcionarios podían concurrir a los debates de cualquiera de las Cámaras (artículo 94º), gozando además del derecho a iniciativa de ley (artículo 92º). Como comenta el historiador Jorge Basadre Grohman, en el mes de julio de 1849, el ministro de Hacienda Manuel del Río se hallaba separado del cargo, ejerciéndolo José Fabián Melgar: «El diputado por Quispicanchis Pedro Astete afirmó que la Constitución no daba al Parlamento la facultad de pedir la destitución de un ministro y que si bien el señor Del Río era *el cólera del Perú* quería que se procediera legalmente acusándolo como señalaba la Carta Política»<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Basadre Grohman, Jorge (2000): Historia de la República 1822-1933. Santiago de Chile. Talleres Cochrane.

En la sesión del viernes 13 de julio «se dio cuenta del informe de la Comisión de Hacienda, sobre el proyecto del empréstito del Sr. Ponce (...) se autoriza al Ejecutivo para abrir un empréstito hasta la cantidad de cuatrocientos mil pesos (\$ 400,000) destinados á cubrir los sueldos y pensiones legales adeudados en los cinco meses de Febrero, Marzo, Abril, Mayo y Junio ulterior. El señor Quintana fijó la siguiente adición. Esta autorización tendrá lugar si el Ejecutivo nombra otro Ministro de Hacienda que reúna la confianza pública»<sup>8</sup>.

Dicha adición de Pedro de la Quintana, representante por Ica, evidenciaba el malestar de la mayoría de los miembros de la Cámara y se basaba en el argumento que al encarnar los congresos la voluntad popular hacía valer la tesis de la soberanía del Parlamento por encima de cualquier entidad estatal, y por ende se podía obligar a un ministro a presentar su renuncia. Afirmación que fue secundada por Manuel Toribio Ureta, representante por La Unión, al confirmar que el Parlamento se hallaba en condiciones de declarar qué ministros no gozaban de su confianza. Por su parte, el diputado por Lima José Manuel Tirado sostuvo que en los regímenes monárquicos una manera de presionar los cambios ministeriales estaba en la autorización o no de fondos al Poder Ejecutivo.

Circunstancia que fortaleció al Congreso al agregar al mecanismo de acusación la remoción, hasta entonces atribución exclusiva del Presidente de la República. El caso de Manuel del Río ilustra el desarrollo de la cultura política considerando más las intrigas de índole personal que el control funcional. Hecho que desencadenaría en la primera renuncia de un ministro a pedido del Congreso. Aunque la moción que fue aprobada por amplia mayoría en la Cámara de Diputados, no contó con el respaldo de los Senadores. En la sesión del martes 17 de julio «se leyeron tres notas, la 1ª del Ministerio de Gobierno, transcribiendo el decreto por el que se ha admitido la renuncia del Ministro de Hacienda por D. Manuel Del Río y para que continúe en el despacho D.D. José F. Melgar con el carácter, funciones y responsabilidad que tienen los Ministros»<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Perú: Cámara de Diputados. 1849/1850 Actas: Legislatura Extraordinaria. Del 23.04.1849 al 26.03.1850.

<sup>9</sup> Perú: Cámara de Diputados. 1849/1850 Actas: Legislatura Extraordinaria. Del 23.04.1849 al 26.03.1850.

## **V. La Relación Iglesia-Estado y la abolición del fuero eclesiástico (1856)**

El nacimiento del Estado peruano no sólo implicó la sustitución del modelo político hispano por el americano, sino además la adecuación del liberalismo a la iglesia católica, propiciando una nueva orientación del Derecho Público, de influencia francesa, misma que plasmaba el principio de legalidad como pilar del sistema jurídico frente a la vigencia de las normas del Derecho Indiano. Dicha vigencia se plasmó desde la gestión del general José de San Martín como Protector del Perú y se mantuvo en las Constituciones posteriores que tuvo el país, indicado en el Estatuto Provisorio del 8 de octubre de 1821: «Quedan en su fuerza y vigor todas las leyes que regían en el gobierno antiguo, siempre que no estén en oposición de la independencia del país, con las formas adoptadas por este estatuto y con los decretos ó declaraciones que se expidan por el actual gobierno»<sup>10</sup>.

El reconocimiento de las normas del Derecho Indiano incluía además la pervivencia de la cultura jurídica de las autoridades, de la sociedad, así como de los fueros o jurisdicciones: común, militar y eclesiástica, los mismos que fueron señalados taxativamente por el Reglamento de los Tribunales del 22 de marzo de 1822. Ante el probable conflicto, la contienda de competencia o la designación del fuero o tribunal fueron dirimidas por el Poder Ejecutivo en coordinación con el Consejo de Estado<sup>11</sup>.

144

Desde los inicios, el Estado peruano optó por otorgar a la religión una característica vinculante, lo que se diferenció del modelo francés al declarar que en nuestro país la religión católica, apostólica y romana era la doctrina oficial, destacando el poder de la iglesia en áreas estatales donde la autoridad laica no prestaba servicios aún a la sociedad (hospitales, hospicios, cementerios, colegios, etc.). En segundo lugar, las parroquias no sólo conservaban su injerencia en el control social de la población mediante los registros del estado de los sujetos: bautizo, matrimonio y defunción, sino que también gozaban de un papel importante en el proceso de sufragio para la elección de las autoridades políticas, tanto en la instalación de las

---

<sup>10</sup> García Belaunde, Domingo (2005): *Las Constituciones del Perú*. Lima. Fondo Editorial del Rectorado. Universidad San Martín de Porres.

<sup>11</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA: *Archivo Digital de la Legislación Peruana*. Reglamento de Tribunales, 1º de marzo de 1822, artículo 9º y 10º.

mesas de sufragio y de la elaboración de los padrones electorales como del propio proceso que incluía la concurrencia a la misa celebrada por el párroco o un sacerdote, de acuerdo al reglamento de elecciones, para luego pasar a las ánforas.

Con la presencia del liberalismo doctrinario a mediados del siglo XIX, se puso nuevamente en debate el papel de la Iglesia en el desarrollo de la relación Iglesia-Estado. Luego de la entrega del proyecto de Constitución por parte de la comisión respectiva a la Convención Nacional, el 20 de diciembre de 1855, se pasó a deliberar en las sesiones siguientes los títulos I, II y III correspondiente a los acápites De la Nación, De la religión y Garantía Nacionales, respectivamente. «En la República no se reconocerán privilegios hereditarios, fueros personales, ni empleos en propiedad. Tampoco se reconocen vinculaciones y toda propiedad es enajenable en la forma que determinen las leyes (artículo 7º)»<sup>12</sup>. Con él, los liberales retomaron la importancia del individuo en la sociedad y en condición similar frente a otros semejantes.

La adopción de la igualdad ante la ley planteaba, en todos sus efectos, la incompatibilidad con la existencia de los fueros personales ya sean de índole eclesiástico o militar, considerados como rezagos de una sociedad corporativa que mantenía sus privilegios. El representante por Huarochirí, sacerdote Pedro José Tordoya, en la sesión del 29 de diciembre de 1855, defendió la necesidad de una inmunidad eclesiástica, ésta se refería: « (...) á las iglesias, á los bienes eclesiásticos y á las personas que se emplean en la administración del culto divino»<sup>13</sup>. Hizo notar que dicha inmunidad, vigente en otros países y en el Perú no, evitó que en el pasado un juez de paz emplazara al arzobispo Benavente y a su cabildo eclesiástico, lo que ocasionó un malestar en la población que se solucionó con intervención del Estado. De ahí, la peligrosidad en su desaparición. Al respecto, José Gálvez Egúsqüiza, parlamentario por Pasco, interpeló a Tordoya<sup>14</sup> por considerar

---

<sup>12</sup> Perú: Cámara de Diputados (1911): *Actas Oficiales y Extractos de las Sesiones. Convención Nacional 1855-1856*. Lima. Empresa Tipográfica Unión. 1911.

<sup>13</sup> Perú: Cámara de Diputados (1911): *Actas Oficiales y Extractos de las Sesiones. Convención Nacional 1855-1856*. Lima. Empresa Tipográfica Unión. 1911.

<sup>14</sup> Diputado que más adelante se negó a firmar la Constitución de 1856 alegando el desconocimiento de la inmunidad eclesiástica, ya que los sacerdotes

un vilipendio apersonarse ante un tribunal ordinario, que si la institución es mala no solo genera perjuicio a los clérigos sino a todo ciudadano y si los jueces no administran rectamente justicia, sea por defectos de la norma o de ellos, se puede remediar.

Uno de los argumentos esgrimidos de la supuesta contradicción, fue la preferencia en el acatamiento entre la Constitución y lo estipulado por la Iglesia por parte de los clérigos, ya que sus normas, al provenir de una institución anterior a la República, presuntamente tenían mayor obligatoriedad. Discusión que contó, a través de comunicaciones, con la opinión del Muy Reverendo Arzobispo y los Obispos de Ayacucho y Trujillo, quienes mostraron sus observaciones al proyecto de la Constitución, mismas que pasaron a leerse ante la Asamblea y posteriormente, derivarse a la Comisión respectiva. Gálvez hizo notar que el fuero eclesiástico no era un derecho divino y que había respondido a un proceso de desarrollo que acompañó a la Iglesia desde los primeros concilios.

146

El señor Juan José Tejeda, representante por Condesuyos, señaló la importancia de diferenciar la inmunidad eclesiástica, del fuero y de la jurisdicción. Respecto a la primera, sostuvo que no sólo era necesaria en el ámbito eclesiástico sino también en el político, acorde con el ejercicio de funciones, de ahí que se pudiese individualizar y ello no era contradictorio con los principios generales del régimen jurídico. Al referirse a la jurisdicción privativa, se reconocía la necesidad, la cual se encuentra en función de la materia contemplada, dándose por conveniencia pública. Es así como no hay incompatibilidad en la existencia de diferentes juzgados.

En cuanto al fuero, no era sino un privilegio que recayera en la calidad de la persona, que por tener tal o cual carácter se haya exento de presentarse ante tal juzgado. En la sesión del 8 de enero de 1856, Tejeda sostuvo que: «Pero si reconocemos la igualdad, si todos estamos sujetos á unas mismas leyes, á una misma justicia, á un mismo Gobierno, yo no sé como pudieran establecerse tribunales excepcionales, yo no puedo comprender como pudiera medirse á hombres iguales con medidas desiguales (...)» Se preguntaba « ¿porque los clérigos temen tanto a los laicos? La

---

al ejercer funciones públicas debían jurar ante la Constitución para su ejercicio. Perú: Cámara de Diputados: ob. cit., p. 594. Sesión del 13 de octubre de 1856.

importancia radica en el bien público, basado en principios más no en exenciones ni privilegios, no existe razón filosófica que justifique los fueros y que la aprobación del artículo será uno de los más gloriosos timbres de la revolución del 54»<sup>15</sup>.

La discusión incluyó también la supresión de diezmos y primicias junto con los derechos parroquiales, los mismos que serían reemplazados con una nueva contribución establecida por el Estado, que satisfaga las necesidades tanto del culto y del mantenimiento de los templos como el sustento de sus ministros o miembros de la jerarquía eclesiástica católica.

## **VI. La Pena de muerte (1856 y 1860)**

El período de estabilidad también permitió reflexionar sobre la conveniencia o no de la pena de muerte. Los legisladores de la Convención Nacional de 1855-56 se inclinaron hacia la defensa del individuo, considerando la vida humana como inviolable y por ende, la sociedad carecía del derecho de eliminarla bajo la pena de muerte. Dicha circunstancia permitió abordar temas relacionados con asuntos políticos como la aprobación de la amnistía y la prohibición al Poder Ejecutivo de suspender las garantías constitucionales, lo cual conllevaba el interés del Congreso en limitar el liderazgo del gobierno y la discrecionalidad de la que había gozado en el ejercicio de poder.

147

En el Perú hasta antes de 1856, las Constituciones habían remitido la regulación de la pena de muerte al Código Criminal o Penal correspondiente, solo que este recién se promulgaría en 1863. En el Debate de la Convención Nacional del viernes 11 y sábado 12 de enero de 1856, el convencionalista por el Departamento de Piura, Ignacio de Escudero, sostuvo que mientras no quedasen establecidas las penitenciarías, la abolición de la pena de muerte era un sueño irrealizable.

El señor Julio M. del Portillo, representante por Lima sostuvo dos planteamientos en su exposición: «*que la pena de muerte era cruel y atroz en los delitos políticos donde los indicios de culpabilidad no eran claros*».

---

<sup>15</sup> Perú: Cámara de Diputados (1911): Actas Oficiales y Extractos de las Sesiones. Convención Nacional 1855-1856. Lima. Empresa Tipográfica Unión. 1911.

En segundo lugar, que el fundamento de esta sanción-pena « (...) se halla autorizada por el ejemplo del Salvador del mundo que eligió un castigo tan tremendo para purgar los delitos de la humanidad que pesaban sobre él», con lo cual era dable aplicarla a crímenes comunes. Una propuesta que derivó en el principio de autoridad fue la del parlamentario por Jaén, Santiago Távara y Andrade. Para él el orden y la autoridad eran indispensables en la sociedad y por lo mismo la ley y su sanción, deduciendo de esto la pena de muerte.

El convencionalista Pío Benigno Mesa, representante por Lima, sostuvo que la existencia de la pena de muerte no había generado la desaparición de los crímenes, de ahí su inutilidad”, descartándose el carácter disuasivo. El parlamentario José Simeón Tejeda, representante por Condesuyos, señalaba que el individuo no tiene derecho a matar y por esto, ni la sociedad que se compone de individuos, ni una Asamblea que la representa (refiriéndose al Congreso) pueden conceder semejante derecho, estableciendo además que la pena de muerte no puede reformar al criminal, porque el que muere no puede reformarse.

148

Argumento que fue secundado por José Gálvez Egúsqüiza, representante por Pasco: «si se aceptaba como una verdad que la sociedad no tiene derecho de matar no hay razón para imponer la pena de muerte y que la sociedad no estaba autorizada para cometer una injusticia». Finalmente, se recogió el planteamiento del espíritu del liberalismo de mediados del siglo XIX, que junto al reclutamiento o leva, la pena de muerte debía ser proscrita, lo cual fue expresado en la Constitución de 1856 en su artículo 16º: «La vida humana es inviolable; la ley no podrá imponer la pena de muerte»<sup>16</sup>.

Años más tarde, en el Congreso Constituyente de 1860, nuevamente el tema de la pena de muerte era motivo de debate bajo la idea de que los legisladores no habían considerado la vigente « (...) doctrina penal ni el estado de la República. En los países más adelantados en la carrera de la civilización y aún en aquellos que han revestido á sus instituciones de formas altamente democráticas, no ha podido realizarse la total extinción

---

<sup>16</sup> Perú: Cámara de Diputados (1911): *Actas Oficiales y Extractos de las Sesiones. Convención Nacional 1855-1856*. Lima. Empresa Tipográfica Unión. 1911.

de la pena de muerte, ocurriéndose siempre á este castigo supremo para reprimir esos delitos que manifiestan el desenfreno de la perversidad humana y conmueve profundamente los fundamentos del orden civil».

De ahí que « (...) nuestros legisladores pueden imponerla en los crímenes de homicidio, mientras los otros medios penales sean insuficientes para el cumplimiento de la justicia social»<sup>17</sup>.

Más aún cuando la supresión implicaba el retorno de dicha sanción tanto en casos de delitos comunes como falsificación como aquellos de índole político. De ahí que la reforma debía señalar en qué casos procedería la pena de muerte. El representante por Lima, Antonio Arenas, afirmaba que dicha pena era una verdad universalmente conocida, vigente en todos los países, su postura terminó por ser ratificada por los representantes Fernando Bieytes (Conchucos), Mariano D. Beraun (Huánuco) y Francisco de Paula Romero (Chancay), quien trajo a la luz los informes del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia (Memoria de 1858) que mostraban que de ciento noventa y un causas, setenta y uno están relacionadas con homicidios, « (...) de donde se deduce que la disposición constitucional que garantiza la vida del hombre, es sólo para el asesino y para el hombre honrado, pacífico y laborioso es una ironía porque la seguridad de la impunidad alienta el crimen que hemos visto hollar lo más sagrado»<sup>18</sup>.

149

Finalmente, los legisladores optaron en debate final por incorporar en la Constitución de 1860 el artículo 16º con el siguiente tenor: «La ley protege el honor y la vida contra toda injusta agresión; y no puede imponer la pena de muerte sino por el crimen de homicidio calificado»<sup>19</sup>.

Tipificación que más adelante se complementó con la dación del Código Penal de 1862, al estipularse, taxativamente, por Ley del 15 de mayo de 1861, quince supuestos de este delito. De esta manera, la restitución de la pena de muerte en la nueva Carta rebatió la tesis de la inviolabilidad de

---

<sup>17</sup> Perú: Diario de debates del Congreso reunido en 1860, que ha reformado la Constitución de 1856. Lima.

<sup>18</sup> Perú: Diario de debates del Congreso reunido en 1860, que ha reformado la Constitución de 1856. Lima.

<sup>19</sup> García Belaunde, Domingo (2005): Las Constituciones del Perú. Lima. Fondo Editorial del Rectorado. Universidad San Martín de Porres.

la vida por la atribución que tiene el Estado del monopolio punitivo basado en el poder, que por ser soberano su cualidad provenía de Dios mismo.

## **VII. La incorporación del Hábeas Corpus en la Constitución (1920)**

Existió la intención de mejorar la garantía del Hábeas Corpus para que de oficio y habiendo transcurrido las 24 horas sin que el detenido haya sido sometido a juicio o puesto en libertad, la autoridad judicial abriera proceso contra quien ordenó la medida<sup>20</sup>.

Un punto capital de la Constitución de 1920 fue el de las Garantías nacionales, sociales e individuales que se situaban en el marco de la Constitución de Weimar (Alemania) y la de Querétaro de 1917 (México), cuya diferencia variaba según el modelo jurídico, si era inherente a la persona o estaba en función de su pertenencia a la sociedad. Se puede apreciar la confusión en la redacción de los capítulos correspondientes a los derechos, que constituyen la parte principal junto a las garantías que son sus mecanismos de protección. La nueva Carta estipuló que las leyes protegen y obligan igualmente a todos, estableciendo leyes especiales debido a la naturaleza de las cosas, no de las personas (artículo 17). Nadie podrá ser arrestado sin mandato escrito del Juez competente salvo por flagrante delito. Frente a las medidas arbitrarias, la persona detenida o cualquier otra podía interponer el Hábeas Corpus (artículo 24).

150

Las declaraciones obtenidas por la fuerza, las condenas hechas por jueces de competencias distintas, así como la ejecución de leyes no existentes al momento de cometerse el hecho imputado, carecían de valor legal (artículo 26). Declaraciones que entraron en conflicto con la práctica gubernamental. La Asamblea Nacional al otorgar validez a los actos del Gobierno, avaló las medidas arbitrarias cometidas alegando la conservación del orden público; entre ellas, la detención y deportación de Luis Pardo y Barreda. La Corte Superior denegó el recurso de Hábeas Corpus, pero la Corte Suprema falló a favor del detenido. Sin embargo, el Legislativo promulgó al día siguiente la Ley 4007 ordenando a los magistrados cortar

---

<sup>20</sup> Ley del 21 de octubre de 1897, durante el gobierno de Nicolás de Piérola que desarrolló el artículo 18 de la Constitución de 1860.

todo proceso contra autoridades políticas por actos basados en el mantenimiento del orden.

El 27 de mayo de 1920 se expulsaron a extranjeros calificándolos de perniciosos, negándoseles la admisión del recurso de Hábeas Corpus, acto que fue apoyado por el ministro de Gobierno, Germán Leguía y Martínez. El presidente de la Corte Suprema, Carlos Eurasquín, comunicó al Ministro su discrepancia por la suspensión de garantías recogidas en la Constitución, a lo que se le respondió que los jueces usurpaban funciones del Gobierno. Hecho que motivó que el diputado Arturo Pérez Figuerola formulara una moción de censura, que posteriormente sustituyó por una interpelación.

El Ministro consideró que el recurso constitucional sólo se aplicaba en los casos de abuso de autoridades o como garantía de ciudadanos honrados, y que los actos al haberse desarrollado durante el mandato del gobierno provisional, habían sido ratificados por la Asamblea Nacional, de acuerdo con la Ley 3083 del 25 de setiembre de 1919, con lo cual quedaban avaladas las deportaciones. Las críticas provenientes de la prensa y del claustro universitario suscitaban nuevas medidas represivas; entre ellas, la detención de Luis Fernán Cisneros, director del diario La Prensa; la deportación de Augusto Durand, dueño de dicho periódico que luego fue expropiado; la detención y deportación de Víctor Andrés Belaúnde, crítico del régimen, de Oscar R. Benavides y de los diputados Pedro Ruiz Bravo, Juan Manuel Torres Balcázar, y Manuel Prado en esos años. A ellos se sumó en 1923, la de Víctor Raúl Haya de la Torre y del propio Germán Leguía y Martínez, quien había dejado el gabinete para postular a la curul por Lima y como diputado se opuso a la reelección de su primo, recibiendo como sanción la misma medida que él aplicara como Ministro de Gobierno.

### **VIII. El restablecimiento de las Comunidades Campesinas y Nativas, y el régimen jurídico de sus tierras (1920-1979)**

La abolición de los curacazgos por Simón Bolívar en 1825 provocó un proceso de exclusión del gran colectivo indígena frente al Estado. De ahí la necesidad de devolverles el reconocimiento de la existencia legal a las comunidades indígenas, sea a nivel constitucional o legal. En primer lugar, el Estado otorgaba la protección de la raza indígena, derivando a las

normas aquellos derechos que les correspondiese como el fomento para su desarrollo (artículos 57 y 58).

Como señalaba Basadre, el sistema legal en forma dispersa ya había otorgado dicho reconocimiento: «La resolución legislativa del 11 de octubre de 1893 (...) declaró que los indígenas eran legítimos propietarios de los terrenos por ellos poseídos (...) el Código de Aguas reconoció la existencia de las comunidades, lo mismo que la ley de caminos del 2 de noviembre de 1916»<sup>21</sup>.

Por otro lado, se declaró que sus bienes junto a los del Estado eran imprescriptibles, siendo transferibles solo por título público (artículo 41). Bajo las banderas de una nueva democracia hubo un acercamiento a los nuevos pueblos industriales de clase media, así como de los colectivos populares entre los que destacaba el discurso a favor del indígena, que se percibió en una voluntad estatal desde la creación de la Sección de Asuntos Indígenas en el Ministerio de Fomento y Obras Públicas, y del Patronato de la Raza Indígena, además del funcionamiento de escuelas en el campo y el establecimiento del Día del Indio. Sin embargo, conforme el régimen iba teniendo más poder se originaban críticas por la manera arbitraria de su actuación.

152

La Constitución de 1933 conservó el reconocimiento legal de las Comunidades Indígenas, estipulando que se les otorgaría tierras a aquellas que no tuviesen la extensión suficiente de acuerdo con sus necesidades. Con tal objeto, se expropiarían terrenos de propiedad de particulares (artículos 207º y 211º).

La Declaración Universal de Derechos Humanos, propuso en 1948, que toda persona tenga derechos y libertades sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole. La misma que caló en algunos países americanos que se vieron obligados a dar más cobertura al colectivo indígena. No podemos dejar de mencionar que aunque fue una minoría la que redactara el documento, su alcance fue más allá de las pretensiones individuales. Es así que desde finales de

---

<sup>21</sup> Basadre Grohman, Jorge (2000): *Historia de la República 1822-1933*. Santiago de Chile. Talleres Cochrane.

los cuarenta, se retomaba también el principio de los pueblos de decidir y hacer de la determinación su modo de actuar, pensamiento que influiría en los procesos de descolonización. Sin embargo, aún se conservaba la mentalidad que subestimaba lo indígena, lo que podía darnos también una visión distorsionada en el sentido de que el propio individuo pudiera sacar ventaja de dicha condición.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) sancionó el Convenio 107: Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales en los países independientes. Este tratado evidenciaba un carácter monista. Dentro del ámbito de la “comunidad nativa”, existía la obligación de legitimar las formas tradicionales de control social como parte de los compromisos del Estado peruano. El convenio preconizaba la aculturación como la forma más aceptable para que las poblaciones indígenas superaran su atraso. Se exigía respeto y reconocimiento al derecho consuetudinario, pero de forma transitoria hasta que estas colectividades logren superarse e incorporarse a la vida jurídica del país. Como se puede apreciar, la iniciativa del cambio era otorgada a las poblaciones civilizadas sobre el resto de la población, a la cual se le trataba como sujeto pasivo o necesitado de protección.

153

Durante el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada se produjo un nuevo sistema de redistribución de tierras dentro de la reforma agraria definitiva, iniciada desde el 24 de junio de 1969. Ello implicó un proceso de afectación y traspaso de las haciendas de la costa y sierra a cooperativas integradas por los propios campesinos; sin embargo, en el caso de los indígenas de la selva el resultado fue adverso, ya que existían políticas de colonización que incluían el despojo de sus terrenos.

Tanto en la sierra como en la selva la costumbre fue reivindicada por los militares, siempre y cuando se ajusten a los planes del gobierno (Plan Inca y Plan Túpac Amaru). Las organizaciones comunales gozaban así de un espacio más libre, que aunque condicionado supieron aprovechar lo que les permitía «revitalizar las normas y valores tradicionales, compatibles con el desarrollo nacional»; «promover el desarrollo de las diferentes formas de ayuda mutua y de cooperación tradicional, tendientes al establecimiento de las organizaciones cooperativas, según el Estatuto de Comunidades Campesinas de 1970».

En cuanto a las etnias amazónicas, se generó un verdadero cambio al asignarse la facultad jurisdiccional al gobierno comunal, lo cual permitiría que los conflictos y controversias en materia civil de mínima cuantía y las faltas originadas entre los miembros de una Comunidad Nativa fuesen resueltos con carácter de cosa juzgada<sup>22</sup>.

Podía la comunidad alegar las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las Comunidades para los juicios civiles y penales en instancias superiores. Gálvez Revollar sostiene que la selva se vio beneficiada por « (...) las presiones ejercidas por los propios indígenas animados por los vicariatos amazónicos imbuidos algunos por el accionar del Concilio Vaticano II y el entusiasmo de científicos sociales, trabajando para el estado, sensibilizados por la declaración de la “liberación del indígena” de la Declaración de Barbados (1971)»<sup>23</sup>, y en donde los antropólogos tuvieron mucha decisión. La transición del etnocentrismo a la pluriculturalidad, aunque denotaba un avance, éste no fue continuado por los legisladores de la Asamblea Constituyente de 1978, quienes mantuvieron su visión clásica a partir del reconocimiento del Estado-Nación, tal vez como rechazo a la medida emprendida por un gobierno de facto.

154

El proyecto para la nueva Carta partía del reconocimiento de las Comunidades Nativas y Campesinas, considerando que sus tierras eran inalienables, inembargables e imprescriptibles, salvo cuando existía ley fundada e interés de la comunidad, o de expropiación por necesidad o utilidad pública. En ambos casos con previo pago en dinero. Si bien el Estado otorgaba dicho reconocimiento como personas jurídicas, así como el carácter de sus tierras, el problema radicaba en el rol tutelar, ya que quería establecer una protección legal a estas, debido fundamentalmente que la mayoría de las comunidades estaban conformadas por analfabetos.

Róger Cáceres Velásquez (Frente Nacional Trabajadores y Campesinos) temía la posibilidad de que una ley pudiera embargar o, bajo el interés de la comunidad, atentara contra la tutela estatal. Por su parte, Roberto

---

<sup>22</sup> Decreto-Ley N° 20653 Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de Regiones de Selva y Ceja de Selva, del 24 de junio de 1974

<sup>23</sup> Gálvez Revollar, Connie: “El derecho consuetudinario indígena en la legislación indigenista republicana del siglo XX”. En: BIRA (Boletín del Instituto Riva-Agüero) N° 28. Lima 2001, p. 285.

Ramírez del Villar (Partido Popular Cristiano) consideraba como una rémora la condición de inembargabilidad e inalienabilidad al no dejar que las comunidades pudiesen contraer obligaciones e hipotecar incluso su propia tierra en la mira de lograr un desarrollo.

Javier Ortiz de Zevallos (Movimiento Democrático Peruano) dejaba entrever qué mecanismo sería el adecuado para determinar el interés de la comunidad que tuviese como objetivo embargar o finalmente vender la tierra. Según Jorge Lozada Stanbury (Partido Aprista Peruano), la aplicación de la Constitución de 1933 en lo relativo a las características antes señaladas, había sido excesiva y había impedido el desarrollo comunal. Ante ello, Cáceres Velásquez era de la opinión, que para permitir que las tierras fuesen afectadas deberían cumplirse cuatro condiciones: que sea con el consentimiento de la totalidad de los miembros de la comunidad, que lo autorice una ley expresa, que la expropiación sea por necesidad o utilidad pública y que se reciba el pago en dinero. Por su parte, Carlos Malpica Silva-Santisteban (Unidad Democrático Popular) sostenía: «Muchas veces chocan los intereses de la comunidad con los intereses del Estado y creo que deben predominar los intereses del Estado»<sup>24</sup>.

Respecto al consentimiento de los campesinos, las opciones iban desde la decisión democrática de sus integrantes para evitar los conflictos internos producidos entre las juntas directivas y los comuneros (Jorge del Prado Chávez del Partido Comunista del Perú) hasta una asamblea comunal o pública donde so pretexto de la conveniencia a la comunidad podría resultar peligrosa y atentar contra la seguridad de las futuras generaciones de familias enteras, propietarias de la misma tierra (Berrospi). No faltó la propuesta de un plebiscito dentro de la comunidad que no incluiría la totalidad sino la mayoría calificada (Ortiz de Zevallos) o las dos terceras partes (Antonio Aragón Gallegos del Partido Socialista Revolucionario). De ahí la necesidad de cautelar la institución de la comunidad para que esta continúe, pese a que se llegue a acordar su venta. Pero para ello, es necesario contemplar el contexto y la percepción de progreso, como punto previo a los cambios por establecerse en el ámbito rural. Considerando el

---

<sup>24</sup> Perú: Comisión Principal de Constitución. Asamblea Constituyente 1978-1979. Lima. Edición Oficial. Congreso de la República.

pasado y la diversidad de las comunidades se hacía necesario un examen previo donde lo tradicional no sea impedimento para el desarrollo.

Gustavo García Mundaca del Partido Aprista Peruano puso énfasis que el contexto en el cual se debatía la propuesta constitucional donde ya habían desaparecido las grandes extensiones de tierras al ser afectadas y entregadas a cooperativas agrarias de producción, cuyas parcelas existentes no podían exceder de cierto límite. Luis Rivera Tamayo, representante de la misma bancada, sostenía que la venta de tierras, en un medio donde los campesinos eran analfabetos, daría lugar a la migración hacia Lima, con lo cual se generalizaría la miseria y todo ello como consecuencia que: « (...) muchas comunidades serían influenciadas por personas extrañas que podrían comprar y en cierta forma sobornar a las autoridades de la comunidad y nos encontraríamos a breve plazo que todas las tierras de las comunidades pasarían a particulares. Ese es el gran peligro, es un gran riesgo»<sup>25</sup>.

La venta de la tierra significaría comprometer a generaciones ya que corresponde a familias enteras y no a quienes puedan decidir en una consulta mayoritaria.

156

Ramírez del Villar expuso la diversidad de sujetos como los terratenientes, además de los comuneros y los minifundistas que eran propietarios de parcelas y de surcos. Si era necesaria una norma, cuya iniciativa partiría de la misma comunidad o si el Congreso la plantea, esta debía haber considerado previamente la opinión de los interesados. Genaro Ledesma Izquieta (Frente de Obreros, Campesino, Estudiantil y Popular) señalaba que, la existencia de la comunidad iba vinculada con el carácter de inalienabilidad de la tierra, ya que para él este había permitido afianzar la vida misma de la sociedad a través de trabajo comunitario que incluía construcción de escuelas. Recibían préstamos en base a sus cosechas no sólo de bancos peruanos sino financiamiento de la Agencia Interamericana de Desarrollo (AID). Incluso, era posible colocar prioridades hasta convertir a las comunidades en unidades productivas, introduciendo mejoras en su organización y funcionamiento sin que ello lleve a la desnaturalizar a la institución en sí. Por su parte, Celso Sotomarino Chávez (Partido Popular

---

<sup>25</sup> Perú: Comisión Principal de Constitución. Asamblea Constituyente 1978-1979. Lima. Edición Oficial. Congreso de la República.

Cristiano) establecía el vínculo de las comunidades con la explotación cercana de recursos, futuro artículo 121º de la Carta de 1979: «Corresponde a las zonas donde los recursos naturales estén ubicados, una participación adecuada en la renta que produce su explotación, en armonía con una política descentralista. Su procesamiento se hace preferentemente en la zona de producción»<sup>26</sup>.

Así el proyecto constitucional indicaba que, al producirse una rentabilidad, ella derivaba parte de la renta a dichas zonas; es decir, el establecimiento de un derecho de canon a las localidades lo que ayudaría a superar el nivel paupérrimo en que algunas viven. Carlos Malpica señaló que el peligro de la desaparición de la comunidad arribaba en ella misma al convertirse en una burguesía agraria que se aleje de una mentalidad corporativa y de las obligaciones con la comunidad, primando el individualismo. Lo cual se impediría aprobando la propuesta aprista que consideraba a la tierra imprescriptible, inembargable e inalienable, como se recogía de experiencias contemporáneas tanto en Suiza como en España. Solo quedaría pendiente la expropiación a cargo del Estado, la misma que debía ser motivada acorde con la necesidad y utilidad pública o con el interés social.

### **IX. El protagonismo del Legislativo (1933). El primer poder del Estado**

La restauración de los regímenes elegidos originó la convocatoria a la Asamblea Constituyente de 1931 a 1933, cuya labor fue la redacción de una nueva Carta Magna. En ella se hizo latente la necesidad de perfeccionar el mecanismo de la moción de censura para evitar la desnaturalización de su empleo. Más aun cuando se discutía si el cargo de presidente de la República debería ser rotativo, para evitar la presencia de otro dictador.

En esa línea, los legisladores optaron por fortalecer el papel del presidente del Consejo de Ministros, pero al mismo tiempo debilitar la situación de los ministros con la interpelación y la censura. Circunstancia que generó la crítica del Partido Acción Republicana, que se inclinó por la oligarquía.

---

<sup>26</sup> García Belaunde, Domingo (2005): *Las Constituciones del Perú*. Lima. Fondo Editorial del Rectorado. Universidad San Martín de Porres.

Uno de sus voceros, José Manuel Villarán, opinaba: «La aplicación viciosa del voto de censura ha roto entre nosotros la unidad del sistema. Tenemos ministros que se marchan cuando quiere el presidente y que deben irse también por las más insignificantes divergencias o por un simple movimiento de enojo de cualquiera de las Cámaras. La exageración de este sistema híbrido no tiene el control de la disolución, recurso esencial en el régimen parlamentario puro y absolutamente inaplicable entre nosotros. Y no toma siquiera del sistema la facultad que tienen los ministros de un régimen parlamentario de decidir el momento en que hay motivos suficientes para plantear la cuestión de confianza. Los ministros quedan sometidos a una doble tutela y esta es una de las causas de la mutabilidad caleidoscópica de nuestros ministerios. En un periodo de 33 años, desde 1886 hasta 1919, se sucedieron 64 Gabinetes. La administración pública eficiente es impracticable en tales condiciones. Habrá que ver la manera de que el voto de censura sea un arma política menos alevosa y mortífera»<sup>27</sup>.

En los hechos, de manera contradictoria, los constituyentes establecieron una censura, propia del apasionamiento político. Esto generó un desbalance en el equilibrio de los poderes, pues no existió una medida correspondiente ante esta fiscalización. Así, se impedía la disolución del Congreso como correlato de la experiencia leguista. A raíz de ello, el liderazgo político recayó en el ejercicio de una abierta discrecionalidad por parte del Parlamento hasta 1968. Por esto, en la Constitución de 1933 se establecieron nuevas instituciones parlamentaristas, como la cuestión de confianza por iniciativa ministerial (artículo 174) y el voto de investidura al Gabinete al asumir sus funciones (artículo 167).

Estas nuevas instituciones se sumaron a las existentes, como el refrendo ministerial para que sean válidos los actos del presidente de la República; la interpelación; el Consejo de Ministros; la moción de censura; la compatibilidad de la función parlamentaria con la de gobierno, y la figura del jefe de Gabinete. Las funciones del presidente del Consejo de Ministros, antes reguladas por diferentes leyes desde 1856, ahora se encontraban por primera vez en la Constitución para proponer al jefe del

---

<sup>27</sup> Basadre Grohman, Jorge (2000): *Historia de la República 1822-1933*. Santiago de Chile. Talleres Cochrane.

Ejecutivo, los nombres de los ministros, así como emitir opinión sobre ellos antes de removerlos.

Ello no significó la desaparición del presidencialismo. Por el contrario, la jefatura de Estado continuaba con la de gobierno en torno al Presidente de la República, cuya elección se realizaba por sufragio universal directo (artículo 138). Este tenía la facultad de nombrar y destituir, según su criterio, al presidente del Consejo de Ministros, quien debía proponer la situación de los demás ministros (artículos 154, inciso 7, y 158). En este sentido, era evidente el liderazgo propuesto por el Poder Legislativo al jefe del Gabinete como colaborador del jefe del Ejecutivo.

Se presentó, así, un recubierto sistema parlamentario, más apasionado que institucional, pues de haberlo deseado los constituyentes hubiesen trasladado la Jefatura de Gobierno al presidente del Consejo de Ministros. La Constitución de 1979 representa el punto más avanzado de la serie de reformas que los Congresos han venido acumulando en la dirección del gobierno parlamentario.

## **X. El nuevo Estado de Derecho: La Asamblea Constituyente de 1978**

El 28 de julio de 1977 dentro del Plan Túpac Amaru, el Presidente de la República, general Francisco Morales Bermúdez Cerrutti, convocó a Elecciones para la Asamblea Constituyente, (Decreto Ley N° 21949, artículo 2°) la cual: « (...) tendrá como exclusiva finalidad la dación de la nueva Constitución Política del Estado, la que contendrá esencialmente entre otras, las disposiciones que institucionalicen las transformaciones estructurales que viene llevando a cabo el gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada» Disposición que, además, recogía en clamor popular del paro nacional producido 9 días atrás y que evidenció la crisis económica por la que atravesaba el país, así como la crítica y aislamiento del régimen de turno.

La Asamblea y la nueva Constitución se convertían, de esta manera, en el paso previo para la transmisión del poder a los civiles organizados en partidos políticos, que si bien no habían tenido vigencia durante la primera fase del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas (GRFA) con el general Juan Velasco Alvarado, su presencia se hallaba integrando

las Comisiones consultivas en los diferentes Ministerios y en el Comité de Asesoramiento de la Presidencia de la República (COAP).

El nuevo Estado de Derecho, que incluía el orden político y jurídico, debía recoger las reformas y medidas desarrolladas por el GRFA en los diferentes aspectos del país, así como los lineamientos en materia estatal y de derechos humanos que la comunidad internacional había planteado desde décadas atrás. El nuevo Poder Legislativo estaría conformado por cien constituyentes, elegidos en distrito electoral único. El proceso innovó el derecho electoral de entonces, al reducir, en primer lugar, la edad de los sufragantes alfabetos de 21 a 18 años, previa inscripción en el Registro Electoral del Perú (Decreto Ley N° 21994, 15 de noviembre de 1977). De tal forma que el número de electores se incrementó de 2 millones 316 mil 188 a 4 millones 978 mil 831 electores.

La segunda medida que acompañó al proceso fue el establecimiento del voto preferencial (Decreto Ley N° 21995, 15 de noviembre de 1977), el cual permitió que la cifra utilizada para la circunscripción electoral fuese uninominal, de tal forma que el elegido no sólo había sido beneficiado por la preferencia de la población hacia su partido político sino por el mismo reconociéndole carisma, popularidad y trayectoria. Ello traería como consecuencia que la ubicación del candidato a parlamentario, aunque estuviese en los últimos puestos, tendría la oportunidad de ser elegido, de forma tal, que tanto los primeros como los últimos se hallarían en similar condición. De ahí que se produciría una movilidad entre los candidatos, propiciada por la modalidad de elección. Mecanismo que con cierto recelo aceptaron los miembros del Partido Aprista Peruano: « (...) argumentando que la dictadura militar quería dividir el voto de dicha agrupación partidaria y con ello evitar que su líder Víctor Raúl Haya de la Torre obtuviera la mayor votación»<sup>28</sup>.

Así, el voto preferencial se producía por lista cerrada donde el sufragante escogía de una relación de candidatos proporcionada por el partido. Los hechos demostrarían el efecto contrario, pues gracias a dicho voto

---

<sup>28</sup> ONPE- CIE (Oficina Nacional de Procesos Electorales - Centro de Investigación Electoral) (2005): Los procesos electorales en el Perú 1978-1986. Problemas y lecciones. Lima. ONPE-CIE.

Haya de la Torre terminó siendo Presidente de la Asamblea Constituyente, a través de esta experiencia se gestó la costumbre que, luego del proceso electoral, el político con mayor votación le correspondería ocupar, al inicio de la siguiente legislatura, el cargo de Presidente del Congreso.

Tradición que se vería afectada en el año 2001, cuando Ana Elena Luisa Cristina Townsend Diez-Canseco, del partido Somos Perú, fue invitada por el Partido Perú Posible para conformar su lista de candidatos al Congreso, habiendo sido favorecida con 329,970 votos, correspondiéndole ser Presidenta del Congreso. Sin embargo, los miembros fundadores del partido anfitrión hicieron sentir su influencia para que la invitada terminase ocupando el cargo de Ministra de la Mujer, mientras que el parlamentario Carlos Ferrero Costa, quien alcanzó 317,535 votos, ocupase la presidencia para el período 2001-2002 y el subsiguiente. En el último quinquenio, Kenji Gerardo Fujimori Higuchi, representante por Lima, obtuvo la más alta votación para el Congreso de la República en el año 2016; sin embargo, declinó tan alta responsabilidad, siendo asumida por la congresista Luz Filomena Salgado Rubianes de Paredes como Presidenta del Congreso para el período 2016-2017.

Víctor Raúl Haya de la Torre, Presidente de la Asamblea Constituyente, en su discurso de instalación el 28 de julio de 1978, dejaba entrever que la nueva Carta superaría las limitaciones generadas por la inadaptación de las anteriores: «Nuestra Constitución debe emanciparse de las imitaciones y copias, sin desdeñar el legado universal de la ciencia política. Necesitamos una Constitución concisa y pragmática, que gire en torno al hombre y a los derechos humanos y forje un Estado nuevo para sociedad mejor».

Fue así que se recogían los lineamientos constitucionales de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Derechos Humanos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales de las Naciones Unidas, así como la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José), que en el caso de nuestro país había entrado en vigor el mismo 28 de julio que Haya asumía la presidencia de la Asamblea, según el Decreto Ley N° 22231. Con ello, el Perú iniciaba una nueva versión de Estado de Derecho al dotar a la Constitución como norma suprema jurídica y política, desterrando experiencias anteriores, donde la ley colisionaba con el texto constitucional y no se podía declarar

su inconstitucionalidad. Adicionalmente, se reconocía el rango de los tratados suscritos y ratificados por el Estado peruano y la fuerza vinculante que estos irradiaban en el ordenamiento jurídico nuestro, como el debido proceso, como señalaba la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 25°.

La Asamblea había previsto que la Constitución sería promulgada por ella y entraría en vigencia al instalarse el gobierno constitucional, pero al mismo tiempo creían necesario que lo relativo a los Derechos y Deberes Fundamentales de la persona; Derecho Agrario; la primacía de la Constitución; la aplicación de la pena solo para el caso de traición a la patria en guerra exterior; la jerarquía de normas, y el principio de juez natural, no serían sometidos al fuero militar que regiría al día siguiente de la promulgación, pues eran civiles. Enunciado que fue motivo de debates, por un lado, el asambleísta Roberto Ramírez del Villar creía que era necesario acompañar a dicho acto la publicación de la misma: si no ¿cómo se entera la ciudadanía que está vigente (Perú: Comisión Principal Constitución. Asamblea Constituyente 1978-1979; Tomo VIII, p. 260)

162

El parlamentario, Héctor Cornejo Chávez, señalaba su preocupación por esta joven institución y por la manera cómo se vincularía con los casos que se ventilaban ante el poder judicial y en qué medida se alterarían las cuestiones procesales. De ahí que era necesario que se indique en la Constitución lineamientos sobre el funcionamiento del Tribunal de Garantías. Finalmente, concluida la aprobación de la Constitución de 1979, las Fuerzas Armadas dieron inicio al proceso de transferencia del poder que culminaría con las Elecciones Generales de 1980, en las cuales resultó ganador el arquitecto Fernando Belaúnde Terry, quien el 28 de julio del mismo año, en su primer acto como Presidente de la República, firmó el cúmplase de la Carta promulgada.

## **XI. Conclusiones**

Podemos observar que las deliberaciones parlamentarias no solo se originaron en momentos de estabilidad, sino que fueron alternados con protestas reivindicativas que demandaron al Estado a innovar su propia configuración, incluyendo sus fines como sustituir los parámetros que regían la sociedad existente. Se puede afirmar que la Historia Constitucional

nos muestra un análisis por períodos de los temas prioritarios que fueron recreados, tanto por una visión cronológica como cíclica. De ahí que fuesen abordados considerando la conservación y el mantenimiento del orden y del poder; la delimitación y el enlace entre los órganos políticos; la modulación en la represión por parte de la autoridad; la influencia de la doctrina religiosa en la aplicación de las atribuciones estatales; el establecimiento de mecanismos garantistas en defensa de la persona, así como la solución paulatina de problemas postergados, localizados en las zonas rurales, que afectaban a la mayoría de nuestro país.

Temas que en la actualidad continúan siendo replanteados tomando como base la defensa de la persona dentro de la filosofía de los Derechos Humanos y donde quienes representan al Estado se hallan obligados a un monitoreo y análisis de manera conjunta entre la parte deliberante encarnada en el Congreso de la República, y la ejecutora, liderada por el Presidente de la República. A la cual agregamos, y con cada vez más frecuencia, la participación encaminada de la sociedad civil a través de los mecanismos de consulta para hacer llegar su voz, legitimados por el interés público.

### **Referencias bibliográficas**

1. Basadre Grohman, Jorge (2000): *Historia de la República 1822-1933*. Santiago de Chile. Talleres Cochrane.
2. Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú (1973): *Colección Documental para la Independencia del Perú (CDIP): Tomo I: Los Ideólogos*, vol. 9. Lima. Imprenta del Colegio Militar Leoncio Prado.
3. Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú (1974): *Colección Documental para la Independencia del Perú (CDIP): Tomo XIII: Epistolario de José de San Martín*, vol. 1. Lima. Imprenta del Colegio Militar Leoncio Prado.
4. Gálvez Revollar, Connie: "El derecho consuetudinario indígena en la legislación indigenista republicana del siglo XX". En: BIRA (Boletín del Instituto Riva-Agüero) N° 28. Lima 2001, p. 285.

5. García Belaunde, Domingo (2005): Las Constituciones del Perú. Lima. Fondo Editorial del Rectorado. Universidad San Martín de Porres.
6. Monteagudo, Bernardo (1973): Exposición de las Tareas administrativas del gobierno desde su instalación hasta el 15 de Julio de 1822. En: CDIP: Tomo XIII: Epistolario de José de San Martín. Vol. 1, p. 243.
7. ONPE- CIE (Oficina Nacional de Procesos Electorales - Centro de Investigación Electoral) (2005): Los procesos electorales en el Perú 1978-1986. Problemas y lecciones. Lima. ONPE-CIE.
8. Perú: Cámara de Diputados: Libro de actas de las sesiones públicas del Congreso General Constituyente del Perú. 1827-1828. Sesión del 10 de enero de 1828. Lima.
9. Perú: Cámara de Diputados.1849/1850 Actas: Legislatura Extraordinaria. Del 23.04.1849 al 26.03.1850.
10. Perú: Cámara de Diputados (1911): Actas Oficiales y Extractos de las Sesiones. Convención Nacional 1855-1856. Lima. Empresa Tipográfica Unión. 1911.
11. Perú: Comisión Principal de Constitución. Asamblea Constituyente 1978-1979. Lima. Edición Oficial. Congreso de la República.
12. Perú: Convención Nacional 1855-1856. Actas oficiales y extractos de las sesiones. Lima.
13. Perú: Diario de debates del Congreso reunido en 1860, que ha reformado la Constitución de 1856. Lima.
14. Puente, Carlos A. de la. (1964) Ensayos y Oraciones. Lima: Gráfica Americana S.A.