

LAS LEYES Y LOS HOMBRES. LA DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO EN EL PERÚ DE LA ÚLTIMA DÉCADA *

Juan Antonio Bazán**

“Carece de Constitución toda Sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes”.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 16.

“La función de la palabra ha sido de tal guisa pervertida, se han hecho mentir en tal forma las palabras más verídicas, que ya son insuficientes las Declaraciones más hermosas y solemnes para devolverles a los pueblos su fe...”.

Jacques MARITAIN, *Sobre la Declaración de los Derechos del Hombre.*

El Estado de Derecho es una ficción jurídica, pero es también carácter vital de la moderna condición humana. Así, a pesar del fatalismo antropológico del Derecho Constitucional, esta Composición Jurídica asume la defensa radical de la supremacía del Derecho frente al poder político, y de la remisión al Derecho respecto de la cotidianidad de los hombres.

Si asumimos que la vigencia del Estado de Derecho es ante todo una cuestión cultural, a los peruanos nos corresponde indagar en nosotros mismos: ¿Acaso el peruano, en tanto heredero de los verticalismos de las culturas andina y occidental del siglo XVI, acoge el autoritarismo como parte constitutiva de su *ser*? ¿No es esta tierra fértil donde fructifiquen instituciones modernas como el Estado de Derecho y la Democracia? Por supuesto, cabe hacer la salvedad de que dichas interrogantes no implican, en absoluto, el participar de cierto determinismo cultural negativo respecto del Estado de Derecho y la Democracia. Muy por el contrario.

Esta Composición Jurídica busca contribuir en la elaboración de una fenomenología de la cultura

política y jurídica del país. No obstante, en ella subyace también la ilusión de un joven abogado para que en el Perú se recuperen la ley, la libertad y la palabra.

Uno

El 5 abril de 1992 fenece el Estado de Derecho, y nace cierto “Estado de Poder”¹. Es decir, del poder que le brinda equilibrio a la libertad² pasamos al poder que la espía, encarcela y mata.

El receptor primero de la acción del poder es el hombre mismo: su condición de ciudadano o súbdito. Michel Foucault llega a sostener que “las relaciones de poder penetran en los cuerpos”³. Al analizar la vida nacional bajo la dictadura fujimorista alguien sugirió la idea del Perú como una sociedad secuestrada.

El Leviatán ha sacudido a los peruanos en nuestro *ser*. Es que el gobierno de Fujimori, sobre todo en materia de derechos humanos, se nos plantea de manera brutal como lo que ha sido para algunos la tragedia de oponerse o tan sólo de vivir.

* Ensayo que obtuvo el primer premio en el Concurso de Composición Jurídica convocado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, en abril de 2001.

** Abogado. Tiene estudios de derecho y ciencia política en la Universidad Particular de San Martín de Porres, y de filosofía en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

¹ Esta denominación en FERRERO REBAGLIATI, Raúl, *Ciencia política. teoría del estado y derecho constitucional*. Ediciones Justo Valenzuela, Lima, 1989, p. 363.

² Respecto del equilibrio entre poder y libertad, ver BIDART CAMPOS, Germán J., *Los equilibrios de la libertad*. Ediar, Argentina, 1988, pp. 65-71.

³ Ver FOUCAULT, Michel, *Microfísica del poder*. Ediciones La Piqueta, Madrid, 1992, pp. 103-189.



Precisamente, he ahí el servicio inmensamente humano que presta el Derecho Constitucional. Germán Bidart Campos vuelve los ojos hacia el maestro Maurice Hauriou para recordarnos que el constitucionalismo moderno “no en vano, ha sido apodado como una

técnica de la libertad”⁴. Y esto porque el constitucionalismo es hoy la técnica del Estado de Derecho.

El Estado de Derecho es la única garantía de la libertad. Exceptuando la posición Kelseniana⁵, las doctrinas occidental⁶ y peruana⁷ —en líneas generales—

⁴ BIDART CAMPOS, Germán, *op. cit.*, p. 66.

⁵ Hans Kelsen sostiene que todo Estado es un Estado de Derecho. Más aún, para él, Estado y Derecho son lo mismo, por tanto el término *Estado de Derecho* sería un pleonismo carente de sentido. Nos dice el profesor austriaco: El Estado, en realidad, no es más que un sistema de reglas, un orden de normas; es el conjunto de reglas jurídicas aplicables a un grupo humano determinado sobre un territorio dado (en *Teoría general del estado*. Editorial Labor S.A., Barcelona, 1934, pp. 107-131).

Lecturas críticas a la posición Kelseniana, en DUGUIT, León, *La transformación del estado. La nueva orientación del derecho político*. Francisco Beltrán, Madrid, *sine data*, pp. 57-94; también HELLER, Hermann, *Teoría del estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 71-72.

⁶ La doctrina occidental sobre el Estado de Derecho es abundante. Definiciones de Estado de Derecho en SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*. Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 137-148; HAURIOU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*. Editorial Reus S.A., Madrid, 1927, pp. 284-294.

La comunidad constitucional comparte el criterio de que tanto el principio del equilibrio de poderes, como el principio de la protección de los derechos fundamentales constituyen el Estado de Derecho.

6.1. El principio del equilibrio de poderes tiene su autor primigenio, aunque no sistemático, en Enrique Saint John-Vizconde de Bolingbroke. Este hombre de Estado y académico creía en la necesidad de frenos y controles recíprocos, de retenciones y reservas recíprocas. Postuló la idea del triple contrapeso y del *equilibrium of powers*, así tendríamos: Rey, Cámara Alta y Cámara Baja. Entre sus obras más importantes figuran *The idea of a patriot king*, 1738; así como *Dissertation on parties*, 1733.

El primer intento legal de implementar la división de poderes lo llevó a cabo Oliverio Cromwell, a través del *Instrument of government*, en 1653.

Jaime Harrington diseñó un complicado sistema de frenos y controles recíprocos, (en *The commonwealth of oceana*, 1656); John Locke distingue entre Legislativo y Ejecutivo, y sostiene que no es bueno que los mismos hombres que hacen las leyes las apliquen: “because it may be too great a temptation to human frailty, apt to grasp at power, for the same persons who have the power of making laws to have also in their hands the power to execute them, whereby they may exempt themselves from obedience to the laws they make, and suit the law, both in its making and execution, to their own private advantage, and thereby come to have a distinct interest from the rest of the community contrary to the end of society and government, therefore, in well ordered commonwealths, where the good of the whole is so considered as it ought, the legislative power is put into the hands of divers persons...” (en *Two treatises of government*. Hafner Publishing co., New York, 1964, epígrafe 143, pp.194-195); inspirado idealistamente en BOLINGBROKE, Charles Louise Secondant-Barón de Montesquieu consagra el principio de la separación de poderes, al ocuparse de la Constitución de Inglaterra sostiene: “Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del Derecho Civil. Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamemos a éste poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado” (en *Del espíritu de las leyes*. Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pp. 168-169).

La *Constitución federal de los Estados Unidos de América*, de 1787, es el intento vigente más próximo al modelo de Montesquieu; por otro lado, la primera *Constitución de la Revolución Francesa*, de 1791, habla de la separación de poderes pero no en el sentido americano de separación absoluta, sino más bien establece frenos recíprocos y vinculaciones entre éstos.

6.2. El principio de la protección de los derechos fundamentales es la razón de ser del constitucionalismo occidental. Su antecedente más remoto lo constituye la *Carta Magna* de 1215, que los barones obtuvieron del Rey Juan Sin Tierra.

Inquirir en la trayectoria positiva de los de los derechos fundamentales es urgar en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789; en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 1948; y en la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, de 1948.

Existen diversas clasificaciones de los derechos fundamentales, o derechos humanos; pero nosotros por razones didácticas nos acogemos a la clasificación que se basa en el origen histórico de los mismos: los derechos de *primera generación* vienen a ser los clásicos derechos civiles y políticos; los derechos de *segunda generación* son los derechos económicos, sociales y culturales; y los derechos de *tercera generación* están referidos al derecho al desarrollo, a la solidaridad internacional, a la propia identidad política estadual, a disfrutar de un medio ambiente ecológicamente sano y equilibrado, a la paz, a participar en el patrimonio común de la humanidad.

En tanto que, en lo que se refiere a la historia constitucional peruana puede afirmarse que los derechos fundamentales han estado siempre presentes, y su implementación ha sido progresiva. Recientemente, Juan Álvarez Vita —un académico peruano— ha hecho contribuciones valiosas en materia de derechos humanos de tercera generación, pero a la vez ha dejado abierta la posibilidad de una *cuarta generación* (ver *El derecho al desarrollo*. Cultural Cuzco, Lima, 1988, 164 pp.; también “Derecho humano: cuarta generación”, en Suplemento Dominical, diario *El Comercio*, Lima, 11 de diciembre de 1988).

⁷ En cuanto a la doctrina nacional acerca del Estado de Derecho, Mario define tomando en cuenta las siguientes características: 1.- La existencia de un sistema representativo en el cual el gobierno deriva su autoridad y su poder del pueblo y donde uno y otro sean ejercitados a través de representantes elegidos por el pueblo y responsables de él; 2.- La vigencia de normas constitucionales que proclamen y reconozcan los derechos y libertades del hombre, a la vez que señalen las garantías adecuadas para su afectividad y



conciben al Estado de Derecho como una categoría que a su vez se bifurca en dos conceptos: **derechos fundamentales de la persona**, y **distinción de poderes**; y de cuyas características podemos anotar las siguientes: un poder limitado, jerarquía normativa, órganos autónomos que controlen el poder, responsabilidad del Estado, y gobierno de las leyes.

Así, modernamente el Estado de Derecho aparece como una concepción tan amplia que se convierte en sinónimo⁸ de Democracia. Es más puede decirse que el Estado de Derecho es la expresión jurídica de la Democracia, aun en contextos totalmente

diferentes⁹. Es en esa perspectiva que debemos entender la definición de Democracia que nos presenta Norberto Bobbio: “el conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones”¹⁰. (Por cierto, *Estado de Derecho* y menos aún *Democracia* no son categorías unívocas; no obstante, para los fines de esta Composición al emplear la categoría jurídica *Estado de Derecho* nos estamos refiriendo también a la categoría política *Democracia*).

La reciente defensa del Estado de Derecho hizo del epigrama de Lord Acton casi su lema: “el poder tiende a corromper y el poder absoluto tiende a

protección; 3.- La separación de los Poderes del Estado y la eliminación de todo lo que signifique concentración del poder; 4.- Independencia plena de los jueces y magistrados, los que sólo deben estar sometidos a la ley; 5.- Control jurisdiccional de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, con amplia facultad de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de las leyes o la ilegalidad de las normas y procedimientos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad de los que ejercen funciones públicas, 6.- La función que deben desempeñar los juristas como defensores por antonomasia de la ley (citado por PAREJA PAZ SOLDÁN, José, *Derecho constitucional peruano y la constitución de 1979*. Editora Ital Perú S.A., Lima, 1981, pp. 451-452); FERRERO REBAGLIATI, Raúl, señala que el Estado de Derecho es “...una forma política en la cual el poder se halla sometido a un sistema de normas jurídicas, de manera real, con el fin de proteger los derechos de la persona humana”; y como elementos del Estado de Derecho anota: “la igualdad, la división de poderes, la libertad individual y el control de la constitucionalidad de las leyes” (en FERRERO REBAGLIATI, Raúl, *op. cit.*, pp. 361 y 367-375); José Pareja Paz Soldán, por su parte, al ensayar un concepto de “democracia” esboza lo que podría ser una definición de Estado de Derecho “La democracia significa la vigencia de los derechos humanos y de las garantías constitucionales, y el funcionamiento de un régimen de libertad política y de igualdad ante la ley y de un sistema de gobierno basada en la equilibrada coordinación de los poderes del Estado. Implica, igualmente, la posibilidad de los ciudadanos capaces de acceder a cargos públicos... El Gobierno Democrático exige, asimismo, el respeto de los derechos esenciales de la persona humana, la igualdad ante la ley suprimiendo los privilegios, y las mismas oportunidades para todos, excluyendo cualquier modalidad de dictadura, individual o social” (en PAREJA PAZ SOLDÁN, José, *op. cit.*, p. 377).

⁸ Con los conceptos *Estado de Derecho* y *Democracia* ocurre que la definición constitucional no alcanza a ambos por igual. Es más, puede decirse que el *Estado de Derecho* tiene “legalidad” epistemológica dentro de la comunidad de constitucionalistas; en tanto que la *Democracia* adolece de dicha “legalidad” en las comunidades de filósofos políticos y cientistas sociales. Propongo el siguiente pequeño mapa conceptual para entender la sinonimia entre ambas categorías a partir de las diferentes disciplinas de que son objeto de estudio:

Filosofía Política
La Democracia en sus
principios y valores

Ciencia Política
La Democracia en su instituciona-
lidad estatal y civil

Derecho Constitucional
El Estado de Derecho como
aquél que otorga a los prin-
cipios, valores e instituciones
democráticas rango de ley

Como puede apreciarse, la sinonimia o el encuentro entre ambas categorías se produce en el ámbito del Derecho Constitucional. Así, el Derecho Constitucional emplea las denominaciones *Estado Democrático de Derecho*, y *Estado Social y Democrático de Derecho*. Como hemos señalado ya, para los fines de esta Composición empleamos el término *Estado de Derecho*, y en él hacemos referencia también al concepto *Democracia*.

⁹ El denominado, por Immanuel WALLERSTEIN, “sistema-mundo” implica profundos cambios en todos los órdenes de la existencia humana. En el centro de dicha transformación de la vida se encuentra el cuestionamiento del Estado-nación como unidad política que contiene dentro de sus fronteras la institucionalidad constitucional que le da forma al Estado de Derecho y a la Democracia (en *La reestructuración capitalista y el sistema-mundo*. Conferencia magistral en el XX Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. México, 2 al 6 de octubre de 1995, pp. 1-31).

En consecuencia con esta tendencia, de curso lento pero al parecer inexorable, surgen propuestas de verdadera ingeniería constitucional universal. Pues, si el Estado-nación deja de ser el referente, habría que intentar nuevas formas de organización de la vida humana. Se trataría del invento de un nuevo Derecho para una nueva sociedad. Por más que aparezca todavía como fantástico, en cuanto al tema que motiva esta Composición podríamos afirmar que estaríamos ante la necesidad de reinventar el moderno Estado de Derecho de tal manera que éste pueda seguir siendo la expresión jurídica de la Democracia en un contexto totalmente distinto.

Al respecto, ver COLL, Requejo, *Las democracias*. Ariel, Barcelona, 1990; ABLASTER, Anthony, *Democracia*. Alianza Editorial, Madrid, 1992; HELD, David, *Modelos de democracia*. Alianza Editorial, Madrid, 1992; TAYLOR, *Geografía política, economía-mundo, estado-nación y localidad*. Trama, Madrid, 1994; TOURAINE, Alain, *¿Qué es la democracia?* Temas de Hoy, Madrid, 1994; y por supuesto al visionario y polémico GUÉHENNO, Jean-Marie, *El fin de la democracia*. Paidós, Barcelona, 1995.

¹⁰ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p. 33.



corromperse absolutamente”¹¹. Pero, es curioso, dicha oración fue escrita por John Emerich Edward Dalberg Acton en 1887, también un 5 de abril. La patología del poder no cesa de manifestarse.

Dos

“El poder soy yo”¹² es la frase con que Alberto Fujimori nos participa de su dictadura. La expresión de Fujimori aspiraba a cierto parangón, aparentemente tan sólo de “forma”, con la de Luis XIV¹³: a ser asumida como salvífica, a representar un “yo común”.

Pero del significado de la expresión en los labios de Luis XIV, Fujimori en verdad quería el absoluto, el “fondo”: es decir, encarnar en sí el gobierno, y poseer la personalidad jurídica del Estado. Así, la idea del Estado como empresa nos hacía retroceder algunos siglos. Como Luis XIV, hasta cierto punto el decir de Fujimori tenía sentido literal.

Ahora que han caído los velos es posible ensayar nuevas lecturas. Quizá Fujimori asumía sus reelecciones sucesivas de manera “natural” porque si política y jurídicamente él encarnaba al Estado, entonces su perpetuidad se condicionaba únicamente al tiempo de existencia del Estado mismo.

Parece increíble en este tiempo. Estoy casi convencido de que el fujimorismo adoptó cierta concepción del poder como derecho subjetivo¹⁴. Por cierto, hay que urgar en la psicopatología¹⁵ del *homo politicus*.

Dicha frase, además, es el intento de construcción de una imagen: la del Hombre, o mejor Super-Hombre, único capaz de llevar en sus manos los destinos de la patria; cualquier otro, por mucho merecimiento que tenga, no le igualaría en el “derecho” de gobernar, porque estaría limitado a su condición de

conciudadano u hombre. Mas, aunque linde la caricaturización, el caudillo¹⁶ a caballo o el “coroneis” tienen en común con un Presidente el énfasis de la personalidad individual. Jorge Basadre tenía sobradas pruebas empíricas cuando destacaba la característica antropocéntrica de la política peruana.

Sin embargo, el fujimorismo se caracterizó por el manejo efectivo de modernas técnicas en la administración de mitos políticos. Implementó campañas psicosociales que buscaban introducir en la conciencia colectiva una imagen enmascaradora a fin de convencernos de los poderes personales omniscientes de quien ocupaba la Presidencia, y por tanto –hasta cierto punto– de la “normalidad” de su constitucionalización. Así, la analogía entre el Presidente y el Virrey que hace Víctor Andrés Belaunde¹⁷ podría pasar como connatural a nuestra “realidad constitucional”.¹⁸ He ahí el punto.

Un Presidente peruano tiene exceso de poder; por los hábitos de nuestra cultura y por la forma constitucional de Gobierno que hemos adoptado históricamente. En su relación con los Ministros de Estado, el Presidente ejerce con libertad absoluta y sin explicación de causa el derecho de nombrarlos así como el de destituirlos. Manuel Vicente Villarán ha escrito un clásico estudio sobre el tema; dice: “Si los Ministros no pueden armonizar su voluntad con la del Presidente deben dimitir. Si rehusaran, el Presidente podría removerlos. La libertad con que el Presidente los nombra y separa produce la dominación del Presidente sobre los Ministros”¹⁹. La Constitución del Estado establece la necesidad del “acuerdo” entre el Presidente y sus Ministros a fin de que se puedan practicar actos de gobierno, pero tal “acuerdo” muy rara vez no se produce. Es más, el “desacuerdo” implica la posibilidad extrema

¹¹ Ver LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*. Editorial Ariel, Barcelona, 1986, pp. 28-29; también ARENDT, Hannah, *¿Qué es la política?* Ediciones Paidós, Barcelona, 1997, p. 51.

John Emerich Edwar Dalberg ACTON en su carta célebre a Mandell Creighton escribió *Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely*. Es interesante relievlar cómo ambos autores, LOEWENSTEIN y ARENDT, otorgan connotaciones distintas al epigrama de lord ACTON.

¹² Declaraciones de Alberto Fujimori a la prensa extranjera, luego de haber perpetrado el golpe de Estado en abril de 1992.

¹³ Luis XIV celebra su mayoría de edad declarando “Yo soy el Estado”, y si Francia entera lo aclama es porque esta frase no pareció despótica sino liberadora; quedarían atrás el cardenal Richelieu, el ministro Mazarino y los financistas como Fouquet, el “ministeriato” y el Parlamento de la Fronda (ver TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*. Editorial Tecnos, Madrid, 1961, pp. 262-272; así como BELLOC, Hilarie, *Richelieu*. Editorial Juventud S.A., Barcelona, 1995).

¹⁴ Acerca del poder político como derecho subjetivo, una exposición crítica en DUGUIT, León, *op. cit.*, pp. 57-94.

¹⁵ Nos refiere Sally BOWEN que al preguntarle al Presidente Fujimori “¿Qué pasaría con el Perú si mañana se cae el helicóptero presidencial o una bala asesina encuentra su objetivo?”, éste le contesta “No se preocupe...Yo seguiré gobernando el Perú desde el otro mundo”. (En *El expediente Fujimori. El Perú y su presidente 1990-2000*. Perú Monitor S.A., Lima, 1993, p. 258).

¹⁶ Este arquetipo de dictador latinoamericano, de la pampa o del trópico, ha sido recreado por nuestra literatura. Ver DEL VALLE-INCLÁN, Ramón, *Tirano Banderas*. Editorial Losada, Buenos Aires, 1941, 248 pp.; DE QUEIROZ, Eca, *El mandarín*, Buenos Aires: Editorial Molino Argentino, 1944, 56 pp.; ASTURIAS, Miguel Ángel, *El señor presidente*. Hyspamerica Ediciones, Chile, 1986, 256 pp.; y VARGAS LLOSA, Mario, *La fiesta del chivo*. Alfaguara, Perú, 2000, 526 pp.

¹⁷ BELAUNDE, Víctor Andrés, *El debate constitucional. Discursos en la asamblea 1931-1932*. Talleres Gráficos P.L. Villanueva, Lima, 1996, pp.163-164.

¹⁸ Al respecto, ver BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia*. Ediar, Argentina, 1963, pp. 26-28.

¹⁹ VILLARÁN, Manuel Vicente, *Posición constitucional de los ministros en el Perú*. Cultural Cuzco, Lima, 1994, p. 37.



de que el Ministro haya considerado dejar el cargo. Igual se impone la voluntad presidencial.

En el Poder Legislativo, es tal el sometimiento que cada vez que éste se atrave a ser independiente experimentamos alguna forma de golpe de Estado. Con agudeza, Manuel Gonzales Prada inicia su crítica sobre el Congreso haciendo suyas las expresiones nada menos que de un legislador: "...el Poder Parlamentario del Perú es nominal. Es inútil oponerse a ningún plan o proyecto que venga del Ejecutivo, puesto es seguro que todo proyecto del Ejecutivo ha de aprobarse, cualesquiera que sean sus consecuencias"²⁰.

El Poder Judicial siempre fue sumiso al Ejecutivo. Antes quizá porque los textos constitucionales establecían mecanismos tales como la elección de Magistrados por otro poder del Estado; pero durante el régimen de Fujimori porque simplemente se le intervino de facto. Víctor Andrés Belaunde participa de un espíritu bolivariano al sostener: "Para mí la institución judicial es la más importante en el Estado... Poco importan las equivocaciones del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo. Buena o mala una política puede rectificarse. Pero la base esencial del progreso es el Poder Judicial; son los pueblos que tienen un Poder Judicial independiente, un Poder Judicial preparado, absolutamente honrado, los pueblos que se pueden reclamar el título de pueblos cultos"²¹.

Lo mismo puede decirse de casi todas las instituciones públicas de este país. Se sometieron al poder. En una hora como ésta, Manuel Gonzales Prada diría que las instituciones de la vida nacional son sólo "mentiras".

*

Los hechos nos muestran que el único contrapeso existente durante la dictadura fujimorista era el que se

hacían entre sí los factores reales de poder: el asesor Vladimiro Montesinos Torres y la mafia, las Fuerzas Armadas, y el Presidente de la República. En ese orden. Los tres poderes del Estado cedieron el paso a esta "troica".

Tenía razón Ferdinand Lassalle cuando advertía que si intentábamos definir la Constitución tomáramos en cuenta sobre todo "los factores reales de poder que rigen en el país"²²; pero tenía razón también Manuel Lorenzo de Vidaurre cuando, en los momentos aurores de la República, decía: "¡Un tirano! Él no puede sostenerse sin cómplices: el despotismo en un solo hombre es una quimera"²³.

Tres

Entre nosotros, el Estado de Derecho murió a manos de un abogado. O mejor, de un leguleyo: Vladimiro Lenin Montesinos Torres. Él, sabía de estrategias pero sabía también de leguleyadas. En suma, militar y abogado inescrupuloso, tenía el *background* necesario como para ser un "valido" completo.

Más aún, de él se dice que fue el verdadero Presidente de la República. Francisco Loayza Galván fue el primero en denunciar este hecho. Dice Loayza: "Montesinos... al que nadie eligió, pero que en base a argucias e intrigas y al desconocimiento por parte de Fujimori sobre su propio rol como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas o de las funciones del SIN, ha logrado expropiarle el poder y lo ha sometido bajo se férula"²⁴. La hipótesis sugerida por este sociólogo es que Montesinos ejercía discrecionalmente el poder y que Fujimori era su rehén consciente. A la luz de los acontecimientos, tanto los del desenlace de la dictadura como los posteriores hasta hoy, parece que las advertencias de Loayza tenían veracidad. De modo que, si Montesinos²⁵ ejerció el poder real y Fujimori fue su prenda, semejante quiebra del Estado de Derecho jamás se vio.

²⁰ GONZALES PRADA, Manuel, *Horas de lucha*. Ediciones COPÉ Petro-Perú, Lima, 1986, tomo II, volumen 3, p. 131.

²¹ BELAÜNDE, Víctor Andrés, *op. cit.*, p. 164.

²² LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una constitución?* Editorial Ariel, Madrid, 1976, p. 87.

²³ LORENZO DE VIDAURRE, Manuel, "Discurso que pronunció Manuel Lorenzo de Vidaurre como Presidente de la Corte de Justicia, el día de su instalación". En *Los ideólogos*. Tomo I, Vol. V, Comisión nacional del sesquicentenario de la independencia del Perú, Lima, 1971, p. 357.

²⁴ LOAYZA GALVÁN, Francisco, *El rostro oscuro del poder*. Ediciones Punto Final, Lima, 2000, p. 5. Este personaje, Vladimiro Montesinos, está provocando una frondosa bibliografía. Ver ROSPIGLIOSI, Fernando, *Montesinos y las fuerzas armadas*. Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2000; OLIVERA, Guillermo, *El caso Kouri, Montesinos, Fujimori y otras miserias humanas*. San Borja, Lima, 2000; VARGAS LLOSA, Álvaro, *El reino del espanto*. Grijalbo, México, 2000; entre tantos otros.

²⁵ El antecedente más inmediato que tiene Vladimiro Montesinos es Esparza Zañartu. Una versión literaria, no obstante llena de realismo, sobre lo que fue el Perú de la época del Presidente Odría y la significación de su asesor, en VARGAS LLOSA, Mario, *Conversación en la catedral*. Barcelona: Seix Barral, 1969, 371 pp.; respecto del parangón, Alfonso Grados Bertorini expresó: "Esparza Zañartu es un pececito de acuario comparado con este monstruo" (en *Debate*, noviembre-diciembre de 1998, p. 36).

No obstante la naturaleza distinta del cargo oficial que ostentaba, otro caso en el cual el manejo de la Presidencia de la República fue a parar a manos de una persona no designada para esa función fue el de Doña Francisca Zubiaga y Bernal, la Mariscala. Ella formalmente no era asesora sino Primera Dama, pero le decían "La Presidenta"; ver BASADRE, Jorge, *Historia de la república del Perú*. Tomo II, Editorial Universitaria, Lima, 1968, pp. 75-81; Juan Bautista Lastres, *Una neurosis célebre*. Lima, 1945; y NEUHAUS RIZO PATRÓN, Carlos, *Pancha Gamarra. La mariscala*. Francisco Moncloa Editores, Lima, 1967.



El caso de Vladimiro Montesinos, “el doctor”, nos remite a una de las realidades del ejercicio de la profesión: el abogado como técnico del poder. Así lo entiende la Resolución del Consejo de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Lima que lo expulsa de la Orden por “violación de las normas morales y de ética profesional, en el ejercicio de la Jefatura del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) y en la Asesoría Jurídica y Política de la Presidencia de la República”²⁶.

En verdad, si el Estado de Derecho cayó es porque cayeron los hombres encargados de su conducción y custodia (abogados casi todos, por profesión y por la naturaleza del cargo público): el Presidente, el Ministro, el Congresista, el Magistrado, el Fiscal, el Alcalde, el Notario... y el abogado que ejerce (o funge) de asesor.

*

Si bien nadie es más efectivo que un mal abogado para hacer quebrar el Estado de Derecho, nadie es mejor que un buen abogado para defenderlo.

Cuatro

“Estos juristas son los centinelas avanzados del Estado de Derecho”

Gustav Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*

La defensa jurídica del Estado de Derecho empezó cuatro días después del golpe de Estado de 1992, cuando los miembros del “disuelto” Congreso de la República lograron al fin reunirse en número suficiente para declarar la Vacancia de la Presidencia de la República. Ese mismo 9 de abril²⁷ juramento interinamente al cargo de Presidente de la República el señor Carlos García García.

Pero el gran acto de defensa de la constitucionalidad y de imperecedera significación simbólica se llevó a cabo el día 21 de ese mismo abril²⁸, en el local del Colegio de Abogados de Lima, cuando ante la Representación Nacional juró como Presidente Constitucional de la República el ingeniero Máximo San Román Cáceres. Había que ser testigo de la dignidad

con que este hombre se ciñó la banda presidencial. Gesto más constitucional y más noble en un político, al menos durante la dictadura fujimorista, jamás vi.

Se trataba de defender el Estado de Derecho con las armas que la propia Constitución (o *pacto*, que le da origen) preveía. Pero dicha defensa, o resistencia en el sentido Kantiano²⁹, no se agota cuando el régimen de facto es derribado. En verdad, es ahí que dicha defensa se inicia efectivamente.

Cuando el filósofo de Königsberg planteaba su derecho de resistencia estaba confiando las esperanzas últimas de la ciudadanía en el abogado, en su razón jurídica.

*

En nuestra actual defensa jurídica del Estado de Derecho, es capital lograr el enjuiciamiento por criminalidad gubernativa al ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori.

Si bien la criminalidad gubernativa en nuestro país no procede de la clasificación oficial de los delitos y no constituye un concepto técnico-jurídico, ella puede ser metodológicamente útil. Respecto de la criminalidad gubernativa³⁰, Luis María Díez-Picazo distingue dos categorías de comportamientos ilícitos: “los delitos que implican violaciones de derechos fundamentales (escuchas telefónicas ilegales, uso ilegítimo de violencia pública, etc.) y la *corrupción*, es decir, la actuación de un agente público motivada por una recompensa económica indebida”³¹.

El caso de Alberto Fujimori presenta delitos en cascada, o un concurso real de delitos. Tenemos: abuso de autoridad, concusión, fraude en las operaciones públicas, peculado, corrupción pasiva, aceptación ilícita de ventajas, enriquecimiento ilícito, encubrimiento real, falsedad ideológica, allanamiento ilegal, violación a la intimidad, interceptación telefónica, receptación de ganancias provenientes del narcotráfico, lavado de dinero, y desaparición forzada.

Es más, constituyen delitos el golpe de Estado de 1992, y su fuga del país. Peor aún, su condición de

²⁶ Resolución del Consejo de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Lima fechada el 8 de enero de 2001, y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de enero de 2001.

²⁷ Ver diario *El Comercio*, Lima, 10 de abril de 1992, pp. A-1, A-5 y A-6.

²⁸ Ver diario *El Comercio*, Lima, 22 de abril de 1992, pp. A-1 y A-6.

²⁹ Ver KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*. Editorial América Lee, Buenos Aires, 1943; también, un peruano, TORRES CARO, Carlos Alberto, *El derecho de resistencia a la tiranía. Estudio de filosofía ética, política y jurídica para una aproximación a los derechos humanos*. SEDDEPAZ, Lima, 2000, 408 pp.

³⁰ Luis María DIEZ-PICAZO señala que “la característica definitoria de la criminalidad gubernativa radica en que, bien para cometer el delito bien para evitar que sea investigado y perseguido, sus autores pueden disponer de medios jurídicos, económicos, humanos y tecnológicos que son privativos del Estado (en *La criminalidad de los gobernantes*. Crítica, Barcelona, 1996, p. 13).

³¹ *Op. cit.*, p. 14.



Presidente de la República lo hace responsable de violaciones de derechos humanos tales como la muerte y desaparición de un profesor y de estudiantes de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle-La Cantuta, la muerte por decapitamiento de la ex agente del Servicio de Inteligencia Nacional Mariela Barreto, así como —en el supuesto de que se compruebe— de la aniquilación de los emerretistas rendidos en la operación de rescate de la Embajada de Japón.

Los desentierros de los cantuteños, las tumbas exhumadas de Mariela Barreto y los emerretistas, el cuerpo de guñapo de Leonor La Rosa, y la imagen de un Fujimori en marcha triunfal por entre los cadáveres de los emerretistas, hacen pensar que nuestra historia política sigue siendo un inmenso matadero.

Francisco Miró Quesada Cantuarias, nuestro más importante filósofo, ha expresado su opinión prudente: “¿Ha habido delito o no? Hoy sabemos todos que sí lo hubo. Los videos, como jueces inflexibles, están revelando la realidad. Muchos miembros del fujimorismo han violado la ley. Y si la han violado, tiene que hacerse justicia. De no hacerse, el pueblo peruano no creará nunca más que en el país haya políticos serios y honrados, que son capaces de cumplir lo que ofrecen. Por eso la aplicación de la ley debe ser severa”³².

En el Perú, sólo Augusto B. Leguía fue encarcelado en el panóptico por casi un año para luego ir a morir a un hospital. Jamás ningún otro Presidente fue a la cárcel. Acaso nuestra defensa del Estado Derecho sea también un imperativo para acabar con este sino histórico.

Cinco

La defensa del Estado de Derecho es una cuestión jurídica, pero también cultural. Gustav Radbruch nos ofrece la siguiente definición “Estado de derecho no es ... sólo un concepto político, sino también cultural. Significa la libertad contra el orden, de la vida contra la razón fría, de la casualidad contra la regla, de la plenitud contra el esquematismo, o dicho en dos palabras: la defensa de aquello que es un valor y un fin, frente a aquello que no es más que un medio, que va de sólo en cuanto sirva a aquél”³³.

Es decir, el Estado de Derecho es también una experiencia vital. No obstante, una de las manifestaciones de la racionalidad de la vida peruana actual consiste en cierta indiferencia constitucional. Karl Loewenstein señala que, en casos como éste, “para la masa de los ciudadanos, la constitución no es más que un aparato con el cual se efectúa la lucha por el poder entre partidos y fuerzas pluralistas, siendo ellos tan sólo los espectadores pasivos”³⁴. Estamos ante la falta de “contacto personal” del peruano con su Constitución.

A pesar de las extraordinarias movilizaciones populares y juveniles —como la Marcha de los Cuatro Suyos, y las que se realizaron los días 4 de junio de 1997 y 1998— los peruanos seguimos careciendo de “sentimiento constitucional”³⁵. Seamos objetivos: los procesos momentáneos de masas sirven a un fin muy específico, que en este caso fue el derrumbe de la dictadura fujimorista; pero si queremos encontrar nuestra “realidad constitucional” o la conciencia ciudadana respecto del Estado de Derecho debemos urgar en las diversas formas que adopta de la vida cotidiana, privada, de todos aquellos que formamos parte de la sociedad civil y hacemos cultura.

La resistencia ciudadana al régimen dictatorial de Fujimori se produce en circunstancias en que los peruanos experimentamos un “cambio de época”³⁶ que implica grandes quiebres epistemológicos respecto de lo que fue el siglo veinte. Vivimos un cambio profundo en nuestra cultura política. Para entender la defensa ciudadana del Estado de Derecho en el Perú de la última década, debemos ante todo concebir a ésta como una década de transición entre dos siglos (tránsito político y cultural que aún continúa).

Constituyen hoy características importantes del *ser* peruano tanto el “descentramiento”³⁷ de la política, como la redefinición de su ciudadanía. Ambas determinan las formas de su defensa del Estado Derecho. Me explico: el “descentramiento” de la política, en este caso, tiene una connotación cultural y está referido a que la política no tiene porque ser la única dimensión de la vida, ni siquiera la principal. El peruano de la década pasada ejercía su ciudadanía también, y sobre todo, dentro de la esfera de lo privado; la política dejó de ser el centro de su vida y, en mucho, el surgimiento

³² MIRÓ QUESADA CANTUARAS, Francisco “Ley, justicia y penalidad”. En *El Comercio*, 22 de marzo de 2001.

³³ RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

³⁴ LOEWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, p. 202.

³⁵ LOEWENSTEIN, define al “sentimiento constitucional” como aquella “conciencia de la comunidad que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes políticopartidarias, económico-sociales, religiosos o de otro tipo, integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden obligatorio, justamente la Constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad” (en *op. cit.*, p. 200).

³⁶ Un desarrollo mayor de la idea en nuestro trabajo “Cambio de época y el desafío de ser generación *sine viculari* política”; en BAZÁN, Juan Antonio (compilador), *La política ya no es lo que fue. Opina la generación de un nuevo siglo*. Editorial San Marcos, Lima, 1999, pp. 3-25.

³⁷ Al respecto, ver BAZÁN, Juan Antonio, *op. cit.*, pp. 14-19.



de una sociedad civil y su propia manera de defender el Estado de Derecho se deben a que el peruano afirma su condición de individuo, de sujeto moderno.

Al respecto, Ralf Dahrendorf nos resulta esclarecedor: "No he sostenido en ninguna parte que la participación política sea un valor en sí misma, o ni siquiera una obligación asociada a la ciudadanía. El punto de partida que subyace a este ensayo... no es el de una sociedad de activistas y de permanente debate político, sino de alerta a los ciudadanos para que estén prestos a defender las instituciones de la libertad y que sean sensibles a la violación de sus principios"³⁸.

En verdad, el secreto para que los peruanos conservemos el Estado de Derecho se encuentra en nuestro "sentimiento constitucional". José Pareja Paz Soldán llega a la conclusión de que entre nosotros **la democracia** no es un régimen fácil, y tiene palabras entrañables: "como la novia no se da, hay que conquistarla; y para conservarla hay que merecerla"³⁹.

Seis

Cuando se produjo el golpe de Estado de 1992, ansioso le pregunté por su opinión a mi profesor de Derecho Constitucional (parte general: Teoría del Estado), y él me dijo:

"¿Quieres que te conteste como abogado, o como hombre?"

Mi profesor, que antes había sido ministro de Dios, probablemente equiparaba dogma religioso y dogma jurídico. Además, sabía de ética y de metaética. Pero yo había encontrado en el *Manual del clásico peruano* en ese entonces más consultado en la materia (cristiano como él, y que él mismo recomendó) que decía:

"El estado de Derecho... consiste, pues, en el gobierno de **las leyes** y no en el gobierno de **los hombres**"⁴⁰.

³⁸ DAHRENDORF, Ralf, *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad*. Biblioteca Mondadori, Madrid, 1993, p. 216.

³⁹ PAREJA PAZ SOLDÁN, José, *op. cit.*, pp. 378-379.

⁴⁰ FERRERO REBAGLIATI, Raúl, *op. cit.*, p. 361.