



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 75, n.º 75, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)

DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75.05

LA CONSTITUCIÓN LIBERAL DE 1856 Y LA MODERADA DE 1860: COMPARACIONES Y APORTES

The liberal Constitution of 1856 and the moderate
Constitution of 1860: comparisons and contributions

JORGE ANDÚJAR MORENO

Universidad Nacional Mayor de San Marcos
(Lima, Perú)

Contacto: jandujarm@unmsm.edu.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4177-8997>

RESUMEN

La Constitución liberal de 1856 y la moderada de 1860, suscritas por el presidente Ramón Castilla, nos permiten conocer y abordar la evolución del pensamiento constitucional peruano en los planos político, jurídico y cultural a lo largo del siglo XIX. Ambas cartas magnas reflejan el clásico péndulo entre el pensamiento conservador y las ideas liberales en el Perú, América Latina y Europa. Los liberales dispusieron una carta que plasmaba sus ideas defensoras de la persona humana, la libertad y los derechos humanos, sancionaron la inconstitucionalidad de las leyes, promovieron el control de las infracciones inconstitucionales, crearon la figura del fiscal de la

nación, entre otras instituciones que han sido asumidas por nuestro actual constitucionalismo. Por su parte, los moderados, que ya no conservadores, propusieron un texto sencillo, quizás parco, pero fue el más longevo de la historia nacional. En un país donde, como decía Manuel Vicente Villarán, vivimos haciendo y deshaciendo constituciones, y continuamos siendo aún una democracia con instituciones precarias, ello significa una enorme lección que deberíamos tener presente en nuestros días.

Palabras clave: Constitución liberal de 1856; Constitución moderada de 1860; historia constitucional peruana; constitucionalismo; fiscal de la nación.

ABSTRACT

The liberal Constitution of 1856 and the moderate one of 1860, signed by President Ramón Castilla, allow us to know and approach the evolution of Peruvian constitutional thought at the political, legal, and cultural levels throughout the 19th century. Both charters reflect the classic pendulum between conservative thought and liberal ideas in Peru, Latin America and Europe. The liberals established a charter that embodied their ideas defending the human person, liberty and human rights, sanctioned the unconstitutionality of laws, promoted the control of unconstitutional infractions, created the position of the attorney general of the nation, and other institutions that have been assumed by our current constitutionalism. For their part, the moderates, who were no longer conservatives, proposed a simple text, perhaps sparing, but it was the longest-lived in national history. In a country where, as Manuel Vicente Villarán said, we live making and unmaking constitutions, and we continue to be a democracy with precarious institutions, this is an enormous lesson that we should keep in mind today.

Keywords: liberal Constitution of 1856; moderate Constitution of 1860; Peruvian constitutional history; constitutionalism; prosecutor of the nation.

Recibido: 15/06/2020 Aceptado: 15/09/20 Publicado: 10/12/2020

1. TEORÍA Y PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL

1.1. TEXTOS CONSTITUCIONALES Y REALIDAD

La colisión entre los textos constitucionales y la realidad que pretende transformar es sintomática e histórica en el constitucionalismo peruano. Ello se traduce, desde luego, en muchas instituciones de las constituciones de 1856 y 1860, las cuales estudiaremos y compararemos en el presente artículo. La primera tiene corte liberal; mientras que la segunda es de estirpe moderada, aunque es más cercana al conservadurismo. Este estudio permitirá una amplia visión comparativa de las ideas constitucionales vigentes en aquella época, para luego determinar su influencia actual.

Uno de estos choques se advierte en las diversas sanciones previstas en los textos constitucionales contra los usurpadores del poder, desde nuestro constitucionalismo inicial. Se les castigaba severamente con la pérdida de derechos políticos, sin posibilidad de ser rehabilitados; la nulidad de todos sus actos; el juzgamiento de los responsables directos y de los principales funcionarios colaboradores. Incluso se dispuso la incautación de sus bienes para resarcir los perjuicios económicos que hayan cometido.

Lo cierto es que ninguna de estas previsiones o barreras de papel evitó la realidad de un país convulsionado constantemente por golpes de Estado, quiebres del poder constitucional y la consolidación de la impunidad de los usurpadores y detentadores ilegítimos del poder.

Dentro de este contexto, resulta aleccionador y elocuente el proyecto constitucional del intelectual, escritor, político y constitucionalista Felipe Pardo y Aliaga (2007) presentado en su poema «Constitución Política», cuya primera estrofa del octavo título (sección) citamos:

PODER EJECUTIVO

El que consiga

En el Perú ocupar puesto tan alto,

Jefe es legal, si sube por intriga;

Usurpador, si sube por asalto,
Pero diga la Carta lo que diga,
Bien con legalidad, bien de ella falto,
Con tal que diestro asegurarse pueda,
El que logró subir, arriba queda (p. 756).

1.2. TEXTO Y CONTEXTO

Ambas cartas políticas fueron debatidas y sancionadas durante el período de la historia nacional que Jorge Basadre identifica como «la falaz prosperidad del guano», comprendido entre 1842 y 1866. A partir de 1841, se redescubre el enorme valor fertilizante del guano de las aves costeras; este se había acumulado desde hace cientos de años en las islas del litoral peruano. El Perú comenzó a exportar a Inglaterra este rico fertilizante de los campos europeos del cual tuvimos el monopolio mundial; así, él nos permitió aumentar los recursos del erario nacional y nos brindó estabilidad económica.

Esta época se encuentra marcada por un militar muy popular, enérgico, poco intelectual y culto pero de gran valor y astucia, que ocupó la presidencia en dos ocasiones y firmó las cartas magnas de 1856 y 1860: Ramón Castilla (1797-1867).

1.3. PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL CONSERVADOR-LIBERAL

El pensamiento constitucional conservador de mediados del siglo XIX tuvo eminentes representantes. Según Basadre (1982), destacan Felipe Pardo y Aliaga y, de manera especial, Bartolomé Herrera. Ambos, premunidos de sus propias experiencias, presentaron sendos proyectos constitucionales a la Asamblea Constituyente de 1860, pero fueron desestimados.

El proyecto de Herrera, presentado a través de Pedro José Calderón, constituye el documento más representativo y consistente de este pensamiento. Jorge Basadre lo ha sentenciado como «el máximo esfuerzo constitucionalista que ha realizado el reaccionarismo en el Perú» (p. 89). Desarrolló su vocación por los gobiernos fuertes,

autoritarios, sólidos, dirigidos por una élite inteligente y capaz. Consagró también las sinecuras de la Iglesia católica y tiene una raíz clerical.

De otro lado, el proyecto de Felipe Pardo, al cual Valentín Paniagua (2004, p. 451) consideró digno y valioso en la tradición constitucional, se mostró partidario también de un gobierno fuerte, que instaure la estabilidad y el progreso material al país, pero sin la carga clerical. Lo estimamos, por ello, muy superior al de Bartolomé Herrera.

Por su parte, el pensamiento constitucional liberal mantuvo fuertes vínculos en la defensa de la libertad y lo que en nuestros tiempos serían los derechos fundamentales. Adquirió sus cotas más elevadas con los hermanos José y Pedro Gálvez, eminentes intelectuales, miembros y líderes de la Asamblea Constituyente que diera la carta magna de 1856 (Ferrero Rebagliati, 1956), y José Silva Santisteban, destacado constituyente de 1860 y autor de un sólido y pionero trabajo de derecho constitucional publicado en 1874.

1.4. ESTATUTO PROVISORIO Y ARBITRAJE

El Estatuto Provisorio de 1855, primer documento jurídico de naturaleza constitucional de la flamante Convención liberal que triunfó en la guerra civil del año anterior y antecedente directo de la carta magna de 1856, consolidó las principales conquistas liberales. Entre estas se encontraron la abolición de la esclavitud, las bases de contribuciones equitativas y la revisión de las cuentas del escándalo de la consolidación.

Asimismo, dibujó ya nítidamente el Estado parlamentarista que se haría evidente en la Constitución de 1856. El presidente de la república mantuvo pocas atribuciones. Se creó el Consejo de Gobierno, antecedente del Consejo de Ministros y su presidente; su función era asumir el despacho en caso de impedimento del presidente provisorio, bajo la presidencia del ministro más antiguo.

De modo similar a la Constitución de Cádiz y las Cartas precedentes de 1828 y 1839, el Estatuto reconoció el instituto del arbitraje: «Todo individuo en la República tiene el derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros conforme a las leyes» (artículo 11).

Es de notar que este fue completamente ignorado por los textos de 1856, 1860 y aún los siguientes. No obstante, las cartas de 1979 y 1993, es decir, las que corresponden al constitucionalismo actual, han reconocido al arbitraje como jurisdicción independiente, con sus atribuciones jurisdiccionales; además, a través de sentencias y precedentes vinculantes, el Tribunal Constitucional la ha fortalecido y consolidado¹.

2. APORTES DE LA CONSTITUCIÓN LIBERAL DE 1856

La Constitución de 1856 y la Convención Nacional que la sancionó crearon y/o consolidaron, en su radicalismo ideológico de origen francés, una serie de instituciones constitucionales novedosas. Muchas de ellas, *mutatis mutandis*, han fructificado en el constitucionalismo actual.

Entre estas encontramos el Consejo de Ministros (que eliminó al tradicional Consejo de Estado) y su presidente, el voto de censura, la autonomía política y legal de las municipalidades, el descentralismo, el sufragio universal y directo, la prohibición y/o severa limitación de algunas jurisdicciones especiales (como la eclesiástica y militar) y la visión futura de unificar las distintas jurisdicciones.

Asimismo, instauró la prohibición de la propiedad de los empleos, el principio de primacía de la Constitución sobre las leyes o el control de constitucionalidad, la obediencia militar a la Constitución, la protección de la propiedad intelectual, la figura del fiscal de la nación y la regulación del Ministerio Fiscal, la prohibición del reclutamiento, la fijación del número de efectivos de las Fuerzas Armadas, la instrucción primaria gratuita, entre otras.

A pesar de su destacable influencia en el constitucionalismo actual, algunas de estas instituciones fueron, en nuestra opinión, prematuras para su momento. Se puede sostener, entonces, que dicha carta magna tuvo más aciertos con el futuro que con el presente que le tocó legislar (Andújar, 2016).

1 Véanse las sentencias n.ºs 6167-2005-PHC/TC y 00142-2011-PA/TC.

2.1. RESPONSABILIDAD DEL PRESIDENTE Y LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Como anota Javier Valle Riestra (1987, p. 111), la Constitución de 1856 estableció en forma explícita la responsabilidad del presidente y de todos los funcionarios públicos, a quienes sometió a un colonial juicio de residencia. Además, en esa misma tendencia antipresidencialista, se preocupó por restringir notablemente sus facultades y regular la vacancia del presidente de la república estableciendo, en su artículo 83, dos tipos de vacancia: de hecho y de derecho, y sus respectivas causales.²

Al mismo tiempo, dentro de su ideología de incrementar el poder del Congreso, le concedió demasiadas prerrogativas como la posibilidad consignada en el artículo 61 para que la Cámara de Diputados pueda acusar al presidente ante el Senado «por infracciones directas de la Constitución», que se estimaba de un amplio, indefinido y peligroso espectro.

2.2. PODER EJECUTIVO DÉBIL, CONGRESO FUERTE

Los liberales radicales, siguiendo la huella del liberalismo francés de la Revolución de 1848, dibujaron una estructura del Estado con un presidente débil, limitado y controlado por el Congreso; este último se mostraba como el primer poder del Estado.

Su orgullo o intemperancia y a veces posición confrontacional con el Poder Ejecutivo esbozaron una fallida dictadura parlamentaria y antipresidencialista, similar a la Constitución liberal de 1823. Colisionó con un Poder Ejecutivo dirigido por un caudillo militar

2 «Artículo 83. La Presidencia de la República vaca de hecho:

1. Por muerte.
2. Por celebrar cualquier pacto contra la independencia o integridad personal.
3. Por atentar contra la forma de gobierno.
4. Por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones o disolverlo.

Vaca de derecho:

1. Por admisión de su renuncia.
2. Por incapacidad moral o física.
3. Por destitución legal.
4. Por haber terminado su período».

sagaz y muy popular como Ramón Castilla y contra una realidad histórica presidencialista y una cultura conservadora. Estas fueron las principales razones de su fracaso.

2.3. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y DISOLUCIÓN DEL CONGRESO

Una de las instituciones más novedosas y controvertidas de la carta liberal fue el nacimiento del control de la constitucionalidad de las leyes, previsto en su artículo 10³.

A diferencia de otras innovaciones constitucionales que tuvieron amplio debate y desarrollo legislativo por la Convención, esta careció de ambos, privándonos así de precisar sus alcances. Sin embargo, por la sobrevaloración del papel del Congreso por los convencionales, estimamos que ese control estaría lógicamente a cargo de la misma Constitución de 1856.

Esta situación de incertidumbre jurídica respecto de quiénes podían invocarla y aplicarla, y los límites de un instituto demasiado novedoso para un país convulsionado fueron finalmente perjudiciales. Esta figura fue utilizada como excusa por Ramón Castilla para disolver el Congreso. En efecto, invocándola *de facto*, mediante el Decreto del 11 de julio de 1859, dejó sin efecto la Ley del 24 de mayo de 1859, por la cual el propio Congreso convocaba su reinstalación para el 28 de julio de 1860. Acto seguido, el presidente de la república convocó a elecciones para conformar un nuevo Congreso más sumiso y, posteriormente, dio la carta de 1860.

2.4. FISCAL DE LA NACIÓN Y DEFENSOR DEL PUEBLO

La carta magna de 1856 creó, dentro del capítulo sobre el Poder Judicial, la figura del fiscal de la nación para vigilar el cumplimiento de las leyes (artículo 132).⁴

3 En dicho artículo se declara «nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución».

4 «Artículo 132. Para vigilar sobre el cumplimiento de las leyes habrá un fiscal de la nación en la capital de la República, fiscales y agentes fiscales en los lugares y con las atribuciones que la ley designe».

Los convencionales, a pesar de la observación del presidente de la república, dictaron al efecto la ley de su creación y facultades el 7 de julio de 1857. De acuerdo con esta norma de nueve artículos, el fiscal de la nación debía ser elegido por el Congreso, a partir de la propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo. Sus principales funciones fueron las de defensor de la carta magna y la ley, dar parte al Congreso de las infracciones a la Constitución de cualquier funcionario del país y fiscalizar a los funcionarios públicos, incluido el presidente.

Asimismo, conforme al artículo 6.7, podía inspeccionar las oficinas del Estado y todo establecimiento público, sin excepción alguna, para conocer si se cumplen o no la Constitución, las leyes y los reglamentos respectivos, dando cuenta de los abusos o las transgresiones a quien corresponda. Es de notar que esta función de contralor de las entidades públicas para verificar si se ajustan a la Constitución y demás normas deviene en toda una novedad que, de alguna manera, ha sido recogida por la Defensoría del Pueblo de la carta vigente.

Su finalidad de defensor de la legalidad (la Constitución y las leyes) y su capacidad de iniciar acciones en este sentido se asemejan parcialmente a las del actual fiscal de la nación y del defensor del pueblo. Adicionalmente, se le encargó la vigilancia de la transparencia en las elecciones, tarea que desempeñan principalmente el actual Jurado Nacional de Elecciones (JNE) y la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE).

Cabe destacar que su labor de fiscalización de la actividad pública administrativa se emparenta con el *ombudsman* de la Constitución sueca de 1809, que tiene carácter modélico. En lo que se refiere a su función de supervisión de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía, se asemeja, como indicamos, a las funciones actuales del defensor del pueblo. Nótese que tanto el fiscal de la nación de la carta magna de 1856 como el actual defensor del pueblo son elegidos por el Congreso (artículo 161).

El fiscal de la nación, figura novedosa en la ley fundamental de 1856 y no recogida en el texto de 1860, constituye el antecedente directo del fiscal de la nación y del defensor del pueblo en el constitucionalismo actual.

2.5. PRESIDENTE DEL CONSEJO DE MINISTROS

El cargo del presidente del Consejo de Ministros no fue creado ni por la carta magna de 1856 ni por la de 1860, sino por la Ley de Ministros del 4 de diciembre de 1856, dada por la propia Convención liberal.⁵

Esta figura importante del Poder Ejecutivo permanece aún en nuestro constitucionalismo y fue incorporada a los textos constitucionales nacionales en forma permanente desde la carta fundamental de 1933.

La idea inicial de los liberales era equilibrar el peso supuestamente desmesurado del presidente de la república y proponerle los ministros de Estado que integrarían su gabinete. Esta última atribución permanece inalterable en el constitucionalismo actual. La recogió la carta de 1979 y la actualmente vigente. Sin embargo, al ser el jefe de Estado también jefe de Gobierno y el denominado premier designado y revocado directamente, en cualquier momento, por la voluntad del propio presidente, carece de significancia real, como opinó Manuel Villarán (1994, pp. 40-41).

2.6. MILITARES Y CONSTITUCIÓN

El militarismo siempre ha sido un grave problema para el constitucionalismo. Los continuos golpes de Estado y las sublevaciones en los cuarteles han sido estigmas en la historia nacional, pero ello felizmente se va corrigiendo.

La carta liberal de 1856 introdujo la obediencia militar, la cual estaba subordinada a la Constitución y las leyes.⁶ La Constitución de 1860 la redujo a la ley y las ordenanzas militares; luego, en la reforma, mediante la Ley del 26 de marzo de 1884, se excluyó a la ley, quedando la obediencia militar solo a sus ordenanzas (García Belaúnde, 2016, p. 351). Asimismo, se reconoció el fuero militar.⁷

5 «Artículo 24. Los ministros de Estado formarán un Consejo, cuyo presidente será el que hubiese obtenido este nombramiento del [j]efe del Poder Ejecutivo».

6 En el segundo párrafo del artículo 118 de la Constitución de 1856 se señala: «La obediencia militar será subordinada a la Constitución y a las leyes».

7 La Constitución de 1860, en el segundo párrafo del artículo 119, declara: «La obediencia militar será arreglada a las leyes y ordenanzas militares».

El constitucionalismo actual ha recogido, finalmente, el espíritu de la carta liberal en el sentido de que todos los ciudadanos, civiles o militares, se someten a la obediencia y mantienen fidelidad a la Constitución.

La carta magna de 1856, como la de 1834, intentó sin éxito controlar los excesos del militarismo. Por ello, ambas son reconocidas como antimilitaristas.

En su afán de dominio, dispuso, entre otras medidas, el control de los ascensos militares por el Congreso desde mayor y capitán de corbeta⁸; adicionalmente, determinó el número de oficiales permitidos: «[no] más de dos generales de División y cuatro de Brigada [y] en la Armada [no] más de un contraalmirante» (artículo 121 de la Constitución de 1856).

Esta tendencia de control de los ascensos militares por el Congreso que la Constitución de 1860 aceptó, limitándola desde el grado de general, se quebró con la carta actual. No obstante, permaneció solamente el extremo de la fijación del número de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que ha de mantener el Estado. Esta prerrogativa ha mutado hasta el constitucionalismo actual como una facultad propia del Poder Ejecutivo.⁹

2.7. TIPOLOGÍA

Acerca de la tipología ontológica de las constituciones (normativas, nominales y semánticas) de Karl Loewenstein (1979, pp. 217-222), diremos que muchas constituciones peruanas fueron nominales y aún semánticas.

Por ejemplo, la de 1856, con su radicalismo liberal, fue calificada por Silva Santisteban (1874) como una de las más liberales del mundo;

8 «Artículo 55. Son atribuciones del Congreso. [...]12. Aprobar o desechar las propuestas que haga el ejecutivo para jefes del Ejército y Armada, desde mayor graduado y capitán de corbeta hasta general y contraalmirante inclusive; sin traspasar en ningún caso el número designado por la ley».

9 El artículo 172 de la Constitución de 1993 indica: «El número de efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional se fija anualmente por el Poder Ejecutivo».

no obstante, a pesar de su prolífica labor de desarrollo legislativo, es, en lo fundamental, una nominal. Ello se debe a que, por la falta de condiciones sociales, políticas y culturales adecuadas, no se aplicó. Tuvo poco tiempo para la implementación de sus profundas reformas. Su radicalismo político colisionaba con el estado cultural de la época en el país, en términos planteados por Peter Haberle (2003, pp. 21-22), y con el estado económico mayormente agrario y rural de la realidad nacional.

La carta magna de 1856, como expresión política del movimiento liberal que surgió contra el militarismo representado por el presidente Rufino Echenique, radicalizó sus medidas. Como consagró la libertad de los esclavos, prohibió claramente esa práctica brutal que aún se efectuaba en muchas partes del mundo. Como sancionó la supresión del tributo del indígena, desarrolló un sistema contributivo igualitario. Como se levantó con amplio fervor popular, impuso el sufragio universal directo. Como combatió la corrupción general promovida por el escándalo de la consolidación, diseñó mecanismos y sanciones contra los corruptos.

En su momento, los convencionales discutieron sobre la aplicación de cambios más radicales y revolucionarios, como la supresión de fueros e incluso el derecho a la insurrección, la libertad de cultos y la propuesta de Ignacio Escudero de dejar de contar con un ejército permanente porque «los militares vivían a su juicio, en el ocio, siendo brazos inútiles que se arrancaban a la industria» (Pareja, 1984, p. 81). En ese sentido amplio, siguiendo la tipología sugerida por Loewenstein, puede ser considerada también como una constitución ideológica-programática de carácter liberal.

Por el contrario, la Constitución de 1860 se presenta, bajo la mencionada tipología, como una de carácter normativa. A pesar de que no siempre fue respetada, sus instituciones jugaron un importante papel en el país y, después de sesenta años, logró una aceptación general de parte de la sociedad peruana.

3. INSTITUCIONES Y ASPECTOS COMUNES DE AMBAS CONSTITUCIONES

3.1. LA PENA DE MUERTE Y LA CONSTITUCIÓN DE 1860

La tendencia de nuestro constitucionalismo actual sobre la pena de muerte es su aceptación extraordinaria para determinados y muy graves casos que el propio texto constitucional prevé en forma expresa y puntual. Esta pauta se inauguró en la Constitución de 1860.

En efecto, esta carta moderada la aprobó exclusivamente para el grave delito de homicidio calificado¹⁰. Posteriormente, la Constitución de 1920 la incrementó para la traición a la patria y la Constitución de 1979 precisó que se aplicaría para dicho delito solamente en el caso de guerra exterior. La actual carta fundamental la amplió a los delitos de traición a la patria en caso de guerra y terrorismo.

En un principio, la carta magna de 1933 limitó la pena de muerte a los casos de homicidio calificado y traición a la patria, pero dejó abierta la posibilidad de que se sancione por ley, por lo que tuvo carácter permisivo y diferente a la tendencia indicada.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José y las ejecutorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de clara tendencia abolicionista. Sus fundamentos recuerdan el espíritu antimortícola de la Convención liberal de 1856.

3.2. LOS ANALFABETOS Y LAS ELECCIONES

Bajo el influjo de la Constitución gaditana, a lo largo del siglo XIX, los analfabetos votaron en las elecciones políticas nacionales. El aporte de la carta magna de 1856 fue lograr el sufragio directo (incluidos los analfabetos) y no en grados, a través de colegios electorales o parroquias, como solía efectuarse (artículo 37).

10 «Artículo 16. 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».

La Constitución de 1860 permitió el retorno a la elección por grados y, tácitamente, el voto de los analfabetos. El reconocimiento de esta inmensa masa de electores en el juego político, fundamentalmente campesinos indígenas, fue posible mediante la vía indirecta de asimilarlos como propietarios de tierras o tributarios de impuestos, que eran dos de los cuatro requisitos indistintos para ejercer el derecho de sufragio según dicha carta magna¹¹. La Constitución de 1856 tenía requisitos muy similares en su artículo 37.

Al respecto jugó un importante papel la Ley del 31 de marzo de 1828, la cual había reconocido a los indígenas como propietarios de sus tierras; tres décadas después, José Simeón Tejada, el flamante fiscal de la nación, la actualizó y aprobó mediante el Dictamen del 2 de diciembre de 1858 (Chiaramonti, 2005, p. 338).

Recién con la Ley del 12 de noviembre de 1895, que modificó el artículo 38 de la carta de 1860 y dispuso que para ejercer el derecho de sufragio se requería exclusivamente saber leer y escribir, desapareció el voto analfabeto (García Belaúnde, 2016, p. 337). Ante esta exclusión no hubo reacción alguna de los amplios sectores supuestamente desfavorecidos.

Nuestro constitucionalismo actual, a partir de la Constitución de 1979, conforme con las pautas de ambos textos, ha incorporado definitivamente el derecho de los analfabetos a votar en todas las elecciones políticas. Adicionalmente, ha optado por la elección directa, tal como lo hizo la carta fundamental de 1856.

3.3. CONSTITUCIÓN HISTÓRICA

Ambas cartas, así como todas las anteriores y las posteriores del Perú republicano sin excepción (liberales, conservadoras, moderadas o de cualquier otra tendencia), aceptaron expresamente el principio de separación de poderes establecido como dogma ideológico en la Revolución francesa e idea central y fundamental del Estado y de su organización política.

11 «Artículo 38. Ejercen el derecho de sufragio, todos los ciudadanos que saben leer y escribir, o son jefes de taller, o tienen alguna propiedad raíz, o pagan al Tesoro Público alguna contribución. El ejercicio de este derecho será arreglado por una ley».

Asimismo, ratificaron el sistema republicano de gobierno, la forma unitaria política, la soberanía popular, la defensa (al menos nominal) de las libertades públicas, hoy reconocidas como derechos humanos, la independencia del Poder Judicial, las garantías procesales básicas (como el derecho al debido proceso y la debida fundamentación de las sentencias); además, reconocieron al presidente de la república como jefe de Estado y jefe de Gobierno, el Consejo de Ministros, el presidente del Consejo, entre otros. Por ello, se puede afirmar que estas instituciones forman parte de nuestra Constitución histórica (Planas, 1998, pp. 41-50).

3.4. RENOVACIÓN DE CÁMARAS E INMUNIDAD PARLAMENTARIA

Ambas cartas, siguiendo la tradición del siglo XIX, fueron partícipes de la renovación por tercios de las cámaras legislativas. La diferencia epidérmica es solo respecto del plazo: la de 1856 era anual; en contraste, la moderada era bianual.

Este sistema sería liquidado con la Constitución de 1920 por las especiales vicisitudes políticas que vivió el presidente Augusto B. Leguía y, a pesar de ello, desde entonces se ha mantenido hasta nuestro constitucionalismo actual. La renovación de las cámaras se hace en forma total y simultánea a la del presidente de la república. Tampoco hubo mayor diferenciación entre ambos textos respecto de la inmunidad y la inviolabilidad parlamentaria.

3.5. FUEROS ECLESIAÍSTICO Y MILITAR

La carta liberal eliminó o restringió severamente el fuero eclesiástico; mientras que la moderada, pese a la inteligente y persistente resistencia de Bartolomé Herrera, la avaló. En ambas, los clérigos perdían la ciudadanía y no podían votar. La cultura religiosa tradicional atacó duramente a los liberales y los calificó como antirreligiosos cuando, a lo sumo, eran anticlericales, fieles a la doctrina liberal europea, sobre todo francesa.

En cambio, en lo que respecta al fuero militar, la carta moderada se separó de su antecesora y lo permitió, aunque con restricciones. Esta última posición se encuentra más acorde con la tradición y el constitucionalismo actual.

3.6. MOVILIDAD LABORAL

La carta liberal, siguiendo el credo ideológico de sus predecesoras, prohibió la propiedad de los empleos. La moderada no consignó nada específico y en buena cuenta la permitió.

El peso de la crítica de la burocracia estatal fue fundamental. La opinión pública, movida por intereses subalternos, derogó una medida necesaria al progreso. El país no había asentado aún las bases de una economía capitalista que posibilitara el establecimiento de un mercado libre, donde la oferta y la demanda determinasen el salario y la movilidad laboral.

La economía básicamente agraria, las costumbres coloniales de la población (cultura) y la defensa de privilegios no facilitaban el establecimiento de un flujo o una movilidad laboral bajo la bandera de la libertad.

3.7. TRATO HUMANO EN LAS CÁRCELES

La carta moderada de 1860 recogió un antiguo postulado liberal¹² para definir a las cárceles como «lugares de seguridad y no de castigo [y prohibir] toda severidad que no sea necesaria para la custodia de los presos» (artículo 19 de la Constitución de 1860). Dentro de sus alcances se comprende el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes.

Incluso la carta ultraconservadora de Huancayo recogió dicho postulado en el mismo sentido (artículo 165). Extrañamente, la de 1856, expresión de una asamblea cargada de ideología individualista, heredera del dogma libertario y defensora extrema de la libertad y los derechos humanos, no consigna un artículo similar.

12 Este fue indicado expresamente en el artículo 115 de la carta magna de 1823 y el artículo 163 de la Constitución de 1828.

Estos dispositivos vislumbran su preocupación por el uso racional de la fuerza pública en los momentos de restricción legítima de la libertad de las personas.

Este principio, enriqueciéndose y mutando con el tiempo y la experiencia, ha permitido esbozar en nuestro constitucionalismo actual lo que la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional conoce como el *habeas corpus* correctivo.

3.8. RELIGIÓN Y POLÍTICA

Los liberales, por sus tendencias anticlericales y, en algunos casos, antideístas o antirreligiosas, siguiendo el modelo francés, buscaban una separación entre la Iglesia y el Estado y hubieran preferido diseñar un Estado que permita al menos la libertad de cultos.

Sin embargo, la carta de 1856 se atrevió apenas a la eliminación del fuero eclesiástico y se granjeó por eso la animadversión del pueblo fuertemente adoctrinado por el catolicismo.

Lo cierto es que, a lo largo del siglo XIX, todas las constituciones peruanas, incluida la Constitución de Cádiz de 1812 y el Estatuto Provisional del general José de San Martín de 1821, ya sean liberales o conservadoras, tuvieron una misma clara y contundente posición: diseñaron un Estado confesional que protegía la religión católica, apostólica y romana por todos los medios y no permitía el ejercicio de ninguna otra.

Ello se debió fundamentalmente al reconocimiento a la decidida y muchas veces fanática convicción religiosa católica de la gran mayoría del pueblo peruano, producto del estado cultural y educativo del país, así como del importante poder político de la Iglesia y su influencia en la esfera educativa durante siglos.

3.9. TEXTOS DE LAS CONSTITUCIONES DE 1856 Y 1860

Salvo la pequeña adición de la Comisión Permanente y la eliminación de las juntas departamentales en la de 1860, las dos cartas mantienen, en lo fundamental, una misma estructura formal, divididas en XIX títulos. La de 1856 cuenta con 140 artículos; la de 1860, con 138.

Ambas recogieron sus primeros títulos y artículos dividiéndolos en garantías nacionales e individuales, a diferencia de las anteriores que lo hicieron al final, como una serie muy extensa y pormenorizada de derechos personales de primera y segunda generación. Esta novedosa ubicación sistemática da cuenta de la importancia concedida a los derechos fundamentales. Todas las constituciones posteriores siguieron esta pauta.

En este punto, tal como lo puntualizara el constituyente de 1860 y el destacado profesor Silva Santisteban (sin contar la única excepción en cuanto a la pena capital), las dos constituciones aludidas no tenían sino diferencias mínimas en la redacción y el afinamiento del pensamiento. Por ejemplo, ambas recogieron la denominada acción popular como mecanismo amplio para proteger todos los derechos constitucionales de las personas por infracciones a la Constitución.

Los dos textos fueron muy generosos, al menos en el campo nominal, aunque en la realidad no se tradujeran, ni muchos menos, en un Estado garante, protector y respetuoso de los derechos humanos. Tal es la dicotomía entre texto y realidad, texto y cultura o la realidad-constitucional a la cual se refiere Raúl Chanamé (2013).

Su similitud en la estructura formal se advierte en el propio preámbulo de la carta moderada, que señalaba que se trataba de una mera reforma de la carta liberal; no obstante, son distintas en su ideología, propósitos, afanes e inclusive técnica legislativa. Así, la carta de 1856 tiene una vocación reguladora y pretende precisar muchos detalles: facultades municipales, causales de vacancia, número de oficiales, efectivos del ejército, etc. El texto moderado, con una mejor técnica legislativa, apenas señala la institución (por ejemplo, municipalidades y Consejo de Ministros en un solo artículo o elecciones) y deja a la ley su regulación y alcances.

4. FALENCIAS DE AMBAS CONSTITUCIONES

4.1. LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Al igual que sus predecesoras, ninguna reguló respecto de las comunidades campesinas, simplemente las ignoraron. Debido a su ideología

liberal individualista, sobre todo francesa, y la pobreza de los estudios nacionales rurales y de historia, no reconocieron el hecho vivo y antiguo de las comunidades autóctonas o indígenas, en especial las serranas, que eran más notorias como herederas de importantes civilizaciones precolombinas.

Desconocieron así la propiedad comunal, las notables manifestaciones culturales ancestrales y las lenguas nativas como el quechua, el aimara y, desde luego, otras lenguas oriundas del país. Vieron al indio como un individuo con potencial para ser un propietario independiente.

Esta tendencia comenzó a cambiar a partir de la Constitución de 1920, eco de la revolución agraria mexicana y la Constitución de Querétaro. Cabe señalar que esta última y la Constitución de Weimar introdujeron el constitucionalismo social. Esta es la posición que mantiene nuestro constitucionalismo hasta nuestros días.

4.2. LA DESCENTRALIZACIÓN

La carta de 1856, de forma similar a sus predecesoras liberales, intentó la descentralización mediante el mecanismo de las juntas departamentales, un esquema complicado y con intervención política que, con el tiempo, demostró ser poco efectivo. Sin embargo, al menos colocó este tema en la agenda constitucional e intentó mitigar el centralismo asfixiante. La carta moderada la eliminó de plano y no esbozó un esquema parecido o sustituto. Lo dejó librado a las municipalidades, que languidecieron y no fueron una respuesta a este grave y antiguo problema. Se acentuó el caciquismo provincial cuya base de soporte, en forma paradójal, estuvo conformada por los propios indios.

El constitucionalismo actual ha recogido la autonomía económica y legal de los gobiernos locales en la línea de la carta liberal y, de acuerdo con el espíritu de esta última, ha desarrollado un especial esquema de descentralismo, vía regionalización, cuyos resultados estamos observando.

4.3. LEGITIMIDAD DE ORIGEN Y EJERCICIO

La gran mayoría de constituciones peruanas tienen un defecto fundamental en cuanto a la ilegitimidad de origen, pero con el tiempo algunas logran la legitimidad de ejercicio. El hecho de que nueve constituciones hayan sido promulgadas por militares resulta un dato sintomático.

La carta magna de 1823 fue sancionada por el marqués de Torre Tagle, quien no empleó su reconocido título mobiliario, sino el de gran mariscal de los Ejércitos. La de 1826 fue promulgada el 1 de julio de 1826 por el Consejo de Gobierno, presidido por el general Andrés de Santa Cruz, gran mariscal de los Ejércitos Nacionales; la de 1828, por el gran mariscal José de la Mar; la carta liberal de 1834, por el general de División de los Ejércitos Nacionales Luis José de Orbegoso; la Carta de Huancayo la firmó Agustín Gamarra, el gran mariscal restaurador del Perú.

Las cartas fundamentales de 1856 y 1860 fueron suscritas por el libertador Ramón Castilla, gran mariscal de los Ejércitos, un típico líder o caudillo militar, en el mejor sentido del término. La efímera carta de 1867 por el general Mariano Ignacio Prado.

En el siglo xx, esta tendencia no cambió demasiado. La carta magna de 1933 fue suscrita por el general de Brigada Luis M. Sánchez Cerro. La Constitución de 1979 fue sancionada por la propia Asamblea Constituyente, convocada por el gobierno militar del general Francisco Morales Bermúdez, con la firma de Víctor Raúl Haya de la Torre, su efímero presidente. Por su parte, la actual Constitución de 1993 fue promulgada por el presidente de la república el ingeniero Alberto Fujimori, quien gobernó con apoyo parcializado de la cúpula militar de entonces.

La Constitución del 1860 fue de origen ilegítimo, pues el Congreso ordinario que la debatió y promulgó carecía, en el aspecto formal, de facultades constituyentes. Pese a ello, se legitimó en su ejercicio por su amplia aceptación y su cumplimiento más o menos firme y sistemático por el lapso de casi sesenta años; de este modo, se mantuvo después de la tormenta de la guerra del Pacífico, convirtiéndose en el texto más longevo de nuestra historia constitucional.

El proceso de la carta magna de 1856 es inverso al de la Constitución de 1860. Tuvo legitimidad de origen por sus impecables títulos afincados en una vasta y popular revolución social, la más grande del país, según Basadre (1982, p. 21), en la que participaron activamente los liberales, aunque se haya dirigido contra un gobierno en principio constitucional y democrático como el del general Rufino Echenique. Inclusive los constituyentes fueron elegidos en elecciones generales por voto popular directo. Sin embargo, a pesar de los grandes esfuerzos de las destacadas personalidades liberales que lideraron la Convención, careció de legitimidad de ejercicio por cuanto su radicalismo, para una sociedad conservadora, le granjeó prontamente el rechazo de muchos sectores de la sociedad y tuvo que ser derogada al poco tiempo.

Como se observa, el proceso de origen y formulación de la carta moderada de 1860 guarda muchos aspectos coincidentes con los de otros textos constitucionales, entre estos, la Constitución vigente de 1993.

REFERENCIAS

- Andújar, J. (2016). *Análisis comparativo desde las fuentes ideológicas, políticas y culturales de las constituciones peruanas de 1856 y 1860 y su influencia en el constitucionalismo actual* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. *Cybertesis*. https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/6318/Andujar_mj%20-%20Resumen.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Basadre, J. (1982). *Perú: problema y posibilidad*. Cotecsa.
- Chanamé, R. (2013). *Mas (allá) de la Constitución*. Gaceta Notarial.
- Chiaramonti, G. (2005). A propósito del debate Herrera-Gálvez de 1849: breves reflexiones sobre el sufragio de los indios analfabetos. En C. Aljovín & S. López, *Historia de las elecciones en el Perú. Estudios sobre el gobierno representativo* (pp. 325-359). Instituto de Estudios Peruanos.
- Congreso Constituyente. (1855). *Estatuto Provisorio de 1855*. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/constitucion/constituciones/Estatuto-Provisorio-1855.pdf>

- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1993/Texto_actualizado_CONS_1993.pdf
- Congreso de la República. (1856). *Constitución*. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/sites/webs/constitucion/constituciones/Constitucion-1856.pdf>
- Congreso de la República. (1860). *Constitución Política del Perú*. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1860/Cons1860_TEXTO.pdf
- Consejo de Ministros. (1857). *Ley Orgánica de 4 de diciembre de 1856 que establece el Consejo de Ministros, según el artículo 23 de la Constitución Política de la República*. Imprenta del Estado por E. Aranda. https://books.google.com/books/about/Ley_organica_de_4_de_diciembre_de_1856_q.html?id=j3EVAAAAYAAJ
- Ferrero Rebagliati, R. (1956). El liberalismo peruano y la Constitución de 1856. *Revista del Foro*, 43(3).
- García Belaúnde, D. (2016). *Las constituciones del Perú* (3.^a ed.). Jurado Nacional de Elecciones. https://garciabelaunde.com/Biblioteca/Las_constituciones_del_Peru_tercera_edicion.pdf
- Haberle, P. (2003). *El Estado constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución*. (A. Gallego Anabitarte, trad.). Ariel.
- Paniagua, V. (2004). El anteproyecto de Constitución Política elaborado por la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán. En J. de Belaúnde, A. Bullard, L. Pizarro, & C. Soto (eds.), *Homenaje a Jorge Avendaño. Tomo 1* (pp. 421-451). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/181696/HOMENAJE%20A%20JORGE%20AVENDA%20c3%91O%20-%20TOMO%20I.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

- Pardo y Aliaga, F. (2007). Constitución Política. En *Teatro completo. Crítica teatral. El espejo de mi tierra* (pp. 751-774). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pareja, J. (1984). *Derecho constitucional peruano y la Constitución de 1979* (3.ª ed.). Justo Valenzuela Editor.
- Planas, P. (1998). *Democracia y tradición constitucional en el Perú. Materiales para una historia del derecho constitucional en el Perú*. Editorial San Marcos.
- Silva Santisteban, J. (1874). *Curso de Derecho Constitucional* (3.ª ed. corr. y aum.). Librería de A. Bouret e Hijo.
- Tribunal Constitucional. (2006). *Sentencia n.º 6167-2005-PHC/TC-Lima (Caso Cantuarias Salaverry)*. Lima: 28 de febrero de 2006. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2011). *Sentencia n.º 00142-2011-PA/TC*. Lima: 21 de septiembre de 2011. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>
- Valle Riestra, J. (1987). *La responsabilidad constitucional del jefe de Estado*. Benítez-Rivas & Montejo.
- Villarán, M. V. (1994). *Posición constitucional de los ministros en el Perú*. Colegio de Abogados de Lima.