

«*Estudio de la Constitución
Política de 1993*»
Tesis doctoral de Marcial Rubio

ENRIQUE BERNALES B.¹

1. ASPECTOS GENERALES

El estudio realizado por Marcial Rubio Correa para optar el grado de Doctor en Derecho, constituye una investigación completa de carácter jurídico que apela a enfoques interdisciplinarios, particularmente la Historia y la Ciencia Política, cuando la naturaleza de los asuntos tratados ha hecho necesaria la consulta y el enlace analítico con otras ciencias. El resultado es un trabajo de alto nivel que confirma la importancia de la investigación científica como eje central de la actividad académica de los estudios de doctorado.

En cuanto a la metodología empleada, el énfasis está puesto en la exégesis del texto constitucional. No obstante, la amplitud del tema y la variedad de los asuntos que contiene una Constitución han motivado que el investigador flexibilice la exégesis enriqueciéndola con el análisis histórico y el estudio de instituciones. Adicionalmente, se observa en todo el trabajo un cruce transversal que coteja la vigencia de las normas constitucionales, con la realidad. En este sentido, el trabajo propone una reflexión teórico-práctica, que logra situar en sus límites más exactos el desarrollo real de la constitución en el Perú.

¹ Informe presentado sobre la tesis doctoral de Marcial Rubio Correa

Aspecto muy importante a tomar en cuenta es que el investigador al recrear con rigurosidad científica la metodología empleada ha cuidado rodearse de un sólido aparato crítico. Forman parte de éste las referencias ordenadas y sistematizadas a las constituciones del Perú, al punto que puede considerarse que la tesis también contiene un estudio de fuentes constitucionales; la apelación al derecho constitucional comparado; el empleo de la jurisprudencia; el análisis de los Tratados Internacionales de los que el Perú es parte, sobre todo para precisar mejor los alcances de la Constitución materia de Derechos Humanos y la debida protección a ellos; finalmente, la bibliografía peruana y extranjera en asuntos constitucionales.

En cuanto a la organización de la tesis, ésta tiene tres partes; la primera se ocupa de los aspectos metodológicos; la segunda es la más extensa y contiene el análisis exegético de la Constitución de 1993; la tercera parte contiene una propuesta de reformulación de la estructura orgánica del Estado y setenta y dos conclusiones. Esta última parte es muy sugerente y de singular valor creativo, que es lo propio de la investigación científica.

En efecto, el investigador hubiera podido limitarse a exponer las conclusiones provenientes del texto analizado. Sin embargo, ha preferido acompañar las conclusiones con la propuesta de una alternativa para la elaboración de un nuevo diseño o modelo de estructura orgánica del Estado en el Perú.

Finalmente, antes de pasar a presentar mi informe de cada una de las partes de la tesis, debo precisar como asesor de ella, mi completa satisfacción con el resultado obtenido. El doctorando ha llevado a cabo un estudio de absoluta rigurosidad científica y de gran profundidad, versatilidad y aportación jurídica a los estudios constitucionales.

Es natural, no obstante, que tenga algunas discrepancias con la interpretación que Rubio hace de ciertas normas, así como con su propuesta alternativa para la estructura orgánica del Estado. Esto es parte del diálogo que habitualmente se produce entre quien hace una tesis universitaria y quien los asesora, siendo ello, además, una situación deseable dentro de la comunidad científica. Pero la existencia de algunos puntos de vista divergentes, debe ser entendida y aceptada, también como parte esencial del respeto a la libertad creativa del investigador; es decir del respeto y el expreso reconocimiento al trabajo de investigación científica llevado a cabo por Marcial Rubio Correa.

Por todo lo expuesto, concluyo finalmente este comentario general, afirmando, sin perjuicio de los aspectos de detalle de cada una de las partes de la tesis, que informaré a continuación, que el trabajo de Marcial Rubio Correa cumple a cabalidad con todos los requisitos formales y sustantivos de una tesis doctoral de Derecho.

2. COMENTARIOS ESPECIFICOS SOBRE LA METODOLOGIA

La lectura del volumen I de la tesis, cuya primera parte está dedicada a la metodología empleada, contiene elementos de precisión epistemológica que son muy importantes. Particularmente quiero relevar aquellos aspectos que estimo ayudan transversalmente a darle unidad analítica a todo el trabajo.

2.1 Hay una incorporación de la variable «poder» que es presentada como un elemento que acompaña el proceso de la elaboración de la Constitución, está presente en ella como parte del Estado, y aparece también como factor que inevitablemente orienta su aplicación. El autor reconoce el carácter amplio y político del fenómeno, pero acierta al señalar que la Constitución debe necesariamente incorporarlo a su problemática y regularlo como uno de los elementos indispensables del Estado; también en cuanto el poder permanece en la sociedad y está presente en las relaciones sociales.

2.2 La investigación emplea expresamente la interpretación como base de su análisis. Para este efecto ha incluido una primera lectura de conjunto del texto de la Constitución; ello ha permitido niveles correlacionados entre sus diversas disposiciones, así como casos de contradicciones entre las formas gramaticales y los contenidos normativos, que son los que suelen dar pie a los ejercicios de interpretación más ricos. El doctorando sostiene, con acierto, que la Constitución puede interpretarse contra su propio texto, cuando existe una contradicción entre lo que la Carta dice y la significación de otros elementos constitucionales, «particularmente los principios fundamentales que la informan».

El autor se refiere en este aspecto a la utilidad de las leyes orgánicas y de desarrollo constitucional, pero siempre teniendo en cuenta la supremacía constitucional. Como es obvio, el marco de estas reflexiones es la interpretación constitucional, incluyendo la auténtica, que sin embargo no está exenta del control constitucional.

2.3 La interpretación jurisdiccional es igualmente incorporada al análisis. El doctorando comenta sobre ella que vuelve concretas las normas constitucionales al aplicarlas a la realidad. A través de ella se resuelven conflictos reales. De allí la importancia de los sistemas concentrado y difuso o el mixto, para el control jurisdiccional de la Constitución.

2.4 La fundamentación metodológica hace referencia al empleo de la realidad como elemento de contraste y medición objetiva. Este nivel es importante y le da vida al análisis empleado; toma como objeto la realidad de la vida constitucional; es decir, el funcionamiento real de sus disposiciones y la ubicación del poder, que es determinante de la vigencia efectiva de la Constitución.

2.5 Otros elementos metodológicos a resaltar son la historia constitucional como marco del que el autor ha extraído la recolección y sistematización de todas las normas relacionadas con la Constitución de 1993, los estudios comparativos y los instrumentos internacionales.

2.6 La metodología empleada tiene como centro la exégesis normativa; la incorporación de otros factores que también son mencionados como parte del aparato crítico, no cuestiona la opción escogida; antes bien, la amplían y enriquecen. En efecto, el ejercicio de exégesis predomina en la mayor parte de la tesis, pero, como señala acertadamente el doctorando, incluyendo «elementos sistemáticos –institucionales, y con la utilización de principios y conceptos como instrumentos hermenéuticos para integrar, homogenizar y desarrollar interpretaciones coherentes de todo el texto constitucional» (p. 23).

Fluye de lo expuesto que estamos ante una investigación que no se limita a un trabajo expositivo del texto constitucional, enunciando el significado normativo de cada disposición. La combinación empleada ha permitido conocer con exhaustividad la Carta, artículo por artículo, apelando como apoyo a la hermenéutica, pero sin perder de vista la perspectiva institucional y de la Constitución misma como una totalidad. Este aspecto y la destreza con que Rubio Correa maneja una metodología, que en un sentido de síntesis, bien puede calificarse como un aporte, es uno de los elementos más sugerentes e importantes de la tesis.

A criterio del asesor informante, Rubio Correa ha utilizado un método que podríamos calificar de exegético-sistemático, por cuanto siguiendo a Biscaretti Di Ruffia, apela a la sistemática para conocer la estructura del ordenamiento, la interacción y los procedimientos en la formación de las normas. Esta perspectiva le ha significado conocer la norma y al mismo tiempo integrar su ubicación y significado al conjunto más vasto de las instituciones que constitucionalmente tienen que ver con el Estado y con la sociedad.

2.7 Conviene regresar sobre el empleo de la interpretación constitucional, que es la herramienta principal, a mi juicio de la tesis comentada. Rubio Correa señala que la interpretación es el proceso de aclarar y precisar el contenido de las normas jurídicas, lo que en el caso de la Constitución es más complejo.

En todo caso, lo relevante es que para el ejercicio de interpretación normativa de la Constitución, emplea o mejor dicho, conjuga acertadamente los siguientes factores: la variable técnica, con sujeción al respeto de la unidad de la Constitución y auxiliándose más bien de esa variable para integrar sus partes; el elemento teleológico, que descubre y respeta la finalidad y los objetivos de la Constitución; el elemento valorativo, para identificar el rango ético de normas que son la base de la interpretación; y, el elemento sociológico, que aprecia las relaciones sociales y el marco en el cual se organiza y ejerce el poder.

Metodológicamente los elementos citados sirven para construir una matriz, que es la que permite que la interpretación sea un ejercicio lógico, que se sujeta a ciertas reglas y donde la proposición arbitraria queda descartada. De este modo y según el énfasis en los elementos componentes de la matriz, la interpretación, cuando toma como punto de partida la exégesis, puede precisar los alcances de ésta en una perspectiva literal, sistemática, histórica, sociológica. Como queda dicho, Rubio analiza con un eje metodológico exegético de base, al que cuando es indispensable, agrega elementos provenientes de la interpretación sistemática, principalmente.

3. ASPECTOS REFERENTES A LA EXEGESIS NORMATIVA DE LA TESIS

Salvo la parte metodológica del primer tomo, y la parte final del sexto tomo que se ocupa de la propuesta alternativa y las conclusiones, los seis extensos volúmenes de la tesis bajo comentario desarrollan el análisis de todos y cada uno de los artículos de la Constitución de 1993. La tesis, por la extensión y riqueza de los asuntos analizados constituye un muy importante tratado de derecho constitucional que será en el futuro una obligada fuente de consulta.

Como comentario general debo precisar que cada artículo es sometido a un estudio muy denso y profundo. Es natural que en estos casos el tratamiento pueda parecer desigual y la tesis de Rubio no es la excepción. Existen disposiciones constitucionales que tienen una importancia capital en tanto que hay otras que son de mero trámite. Las primeras requieren un análisis largo; para las otras, a veces no existe siquiera bibliografía que citar.

Por otra parte, hay el legítimo interés del investigador por algunas disposiciones que hacen referencia a problemas relevantes en relación con los derechos de la persona, las instituciones de la sociedad, la economía, la organización del Estado o el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales. Como es natural, ese interés científico aparecerá también en el estudio, sin que esa legítima opción vaya en desmedro de otros temas, a condición de guardar proporciones y equilibrio. Esto es precisamente lo que destaca como un esfuerzo muy valioso del trabajo de Rubio Correa.

Sobre la base de lo expuesto y manifestado el aprecio al conjunto del análisis, debo referirme a algunos aspectos del análisis que me parecen particularmente relevantes.

3.1 Volumen I: Derechos fundamentales

La mayor parte del volumen I contiene un estudio muy rico y analítico de los derechos fundamentales, con un enfoque donde predomina la perspectiva jurídica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Se muestran así y de manera detallada, las bondades y limitaciones en esta materia de la Carta de 1993. Aquí el trabajo de Rubio Correa supera la mera exégesis literal de las normas constitucionales bajo estudio.

Una publicación de esta parte de la tesis, por su utilidad práctica bien podría autonomizarse y adquirir su propio perfil temático. A mi juicio, compite en información y análisis con los mejores tratados de la especialidad: O'Donnell, Faúndez, Nikket, Fernández Segado, entre los principales. En todo caso, será una cuestión a dilucidar posteriormente, teniendo en cuenta la utilidad bibliográfica de esta parte de la investigación de la tesis.

3.2 Volumen II: Derechos económicos y sociales

La primera parte del volumen II contiene buen material y análisis en cuanto al estudio de los derechos económicos y sociales. Rubio admite que el capítulo contiene cambios en relación a la Carta de 1979, atribuyéndolos a que mientras esta última se inspira en el concepto de estado de bienestar, la de 1993 lo hace en un estado de policía que presta ciertos servicios : salud, educación y mínimamente seguridad social, asumiendo en cambio actividades de supervisión.

Este enfoque me permite plantear una primera interrogante que deriva del análisis del Rubio. La cuestión es la siguiente : el simple cotejo de instrumentos indica que en materia de estos derechos económicos y sociales la Constitución de 1979 se apejó más a los tratados internacionales que se ocupan de ellos y de los que el Perú sigue siendo parte.

Ahora bien, deriva en cierto modo del texto de la tesis que aunque no se ha repuesto en la Carta del 93 el dispositivo de la precedente que decía que los tratados de Derechos Humanos tenían jerarquía constitucional y prevalencia, el concepto subyace en su significado y alcances, sin que haya colisión con la Carta de 1993. ¿Podría en consecuencia invocarse esas normas de los Tratados Internacionales sobre derechos económicos y sociales, para completar o llenar las reducciones, vacíos y limitaciones que sobre tales materias contiene la Constitución de 1993, así como imponer su mayor jerarquía contra leyes ordinarias que contradigan esos derechos? Estimo interesante conocer la posición de Rubio Correa sobre esta posibilidad.

En el análisis del capítulo II sobre derechos políticos, la investigación pone énfasis en la importancia del artículo 31° que consagra mecanismos de participación vinculados a la democracia directa. Señala asimismo la existencia de una ley de desarrollo constitucional, la N° 26300.

Al mismo tiempo, incorpora información de hechos políticos y medidas legislativas que han distorsionado los mecanismos legales para acceder al ejercicio de los derechos participatorios establecidos en el artículo 31° al punto de imposibilitarlos. Tal el caso de las leyes N° 26592 y N° 26670 que modifican la Ley N° 26300 para añadir más requisitos o hacer que las iniciativas ciudadanas pasen primero por el Congreso, lo que carece de sentido tratándose de derechos de participación directa.

3.3 Volumen III

3.3.1 Estado y nación

La primera parte de este volumen se ocupa extensamente del Estado y la nación. En la parte introductoria Rubio delimita conceptualmente la cuestión: señala en primer lugar los problemas referentes a la formación de la nación y en segundo lugar el proceso de organización del estado y la importancia de la Constitución en este aspecto. También el autor propone definiciones operativas sobre los conceptos de república y democracia, lo que facilita la comprensión del análisis que emplea.

En términos generales destaco que el tratamiento de estos temas es manejado con buen aparato crítico, en el que junto al uso de categorías propiamente jurídicas, se apela también como factor control al fenómeno poder en su perspectiva política. Destaca así el contraste que resulta de cotejar lo que la Constitución dispone sobre los deberes primordiales del Estado y una realidad social muy contrastada y de problemas irresueltos.

Al analizar el artículo 51° sobre la prevalencia o primacía jerárquica de la Constitución, el autor propone una construcción piramidal que ubica en segundo lugar las normas con rango de ley, a continuación los decretos y resoluciones y en el plano local las que corresponden a ese ámbito. Me parece correcto el ordenamiento como estructura general. No obstante me parece conveniente que el autor precise más ampliamente su opinión de que salvo la exigencia de número de votos, no hay diferencia jerárquica entre una ley orgánica y una ordinaria. Existiendo un sistema de control constitucional, me parece conveniente ahondar en esta cuestión.

En relación a los artículos 52° y 53° sobre la nacionalidad, la tesis sostiene correctamente, el derecho de toda persona a tener una nacionalidad. Esto es lo que reconoce y protege la Constitución peruana e instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero se plantea entonces el problema de la Ley N° 26574 que dispone en su artículo 6° que la naturalización es aprobada o cancelada, según corresponde, mediante resolución suprema.

¿Qué significa y cuál es la pretensión del término «cancelar» que emplea la ley? ¿Puede privar el Estado a un nacional, por acto propio, –la Constitución no distingue en este aspecto entre peruanos de origen y nacionalizados– de la nacionalidad peruana? Estimo que sobre este asunto sería interesante conocer el punto de vista de Rubio Correa.

El tomo III incluye un análisis extenso del Capítulo II del Título II, que se refiere a los Tratados. La materia es analizada de forma amplia, poniendo el autor énfasis en los cambios y modificaciones introducidas en la Constitución de 1993 respecto de la precedente del 79. Es a mi juicio uno de los temas trabajados con mayor profundidad y dominio.

3.3.2 *Régimen económico*

El Título III sobre el régimen económico se inicia con una introducción que precisa, desde una perspectiva evolutiva, las relaciones y atribuciones que ha tenido el Estado en materia económica. Estimo que esta referencia constituye un marco de gran utilidad que facilita el entendimiento de los cambios sustantivos producidos entre una y otra Constitución. Debe tenerse en cuenta al respecto que es en el régimen económico donde se observan las mayores diferencias entre la Carta del 79 y la actual. La primera de las nombradas, tenía énfasis por la planificación indicativa y el rol activo del Estado en materia económica, por más que en ella se puntualizase la opción por la economía social de mercado y el pluralismo económico. En cambio la de 1993, reformula la orientación pues si bien utiliza los mismos conceptos, la orientación del conjunto es a favor del impulso de la iniciativa privada libre, mientras que la participación del Estado pasa a ser subsidiaria.

No obstante, Rubio desarrolla un tratamiento muy detallado y puntual de los nuevos mecanismos de regulación y supervisión que el Estado asume en cuanto a su responsabilidad en la economía, dado que ésta es principalmente privada y sujeta a las reglas de la competencia.

Un aspecto interesante por la actualidad que tiene, es el referido al análisis del artículo 63°, que dispone en su primera parte que la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. Este dispositivo, como señala acertadamente Rubio, guarda coherencia con otros dispositivos de la Constitución que otorgan al extranjero, sea éste persona natural o jurídica, las mismas condiciones que a los peruanos en lo referente a la actividad económica. En este sentido, también hay cambios con relación a la Carta precedente que contenía algunas limitaciones que no estimulaban la inversión del capital extranjero en el Perú. En todo caso es importante retener el

análisis de Rubio que aclara sobre la materia y facilita su aplicación. Como se sabe subsisten aún hoy en día disposiciones de rango menor que no se han adecuado todavía a este régimen de igualdad en materia de inversión nacional y extranjera.

El tomo III también contiene el desarrollo analítico de los demás capítulos del Título III de la Constitución, estos se refieren al régimen tributario y presupuestal, a la moneda y banca y al régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas. En todos ellos, el análisis es prolijo y con gran acierto Rubio recurre a la legislación peruana para explicar alcances y concordancias, que resultan esenciales cuando la Constitución ingresa a materias específicas que tienen amplio tratamiento legislativo.

3.4 Volumen IV

3.4.1 Estructura del Estado

A partir del tomo IV la tesis de Marcial Rubio se ocupa de manera extensa de la estructura del Estado tal como está prevista en la nueva Constitución. Se trata de una de las partes en la que resulta de mayor utilidad las referencias historiográficas y constitucionales que sirven para ilustrar la evolución del Perú en materia de organización del Estado y de configuración del régimen político. Las reflexiones sobre el marco histórico-político, y más propiamente sobre el modelo que alimenta el conjunto de la organización política diseñada por la nueva Constitución, pone de manifiesto el esfuerzo por introducir definiciones novedosas, que sin embargo no logra cuajar en un modelo de perfil propio.

Rubio señala con acierto que la Constitución no logra dar una imagen acabada de la organicidad del Estado contemporáneo (p. 3). Señala más bien que el modelo contiene aspectos híbridos al no llegar a optar por la ortodoxia de lo que podría ser en puridad un régimen presidencial, parlamentario o semipresidencial. Algunas de las elaboraciones de Rubio, llevan a plantearse la cuestión sobre aquellos elementos en los que radica la consistencia, la definición y el tipo propio de régimen político y cómo sería éste.

3.4.2 Poder Legislativo

En el desagregado por capítulos, Rubio hace el análisis de los artículos que configuran la adopción del unicameralismo del Poder Legislativo. Si bien el autor formula observaciones a la representatividad de un Congreso elegido por distrito único, no deja por ello de expresar una opinión favorable al unicameralismo.

Es en este punto donde mi opinión es que Rubio no llega a dar fundamentos sólidos a favor de una opción que tal como está formulada en el texto constitucional, parece más bien una arbitrariedad cuando no una venganza política contra el régimen bicameral anterior y particularmente contra el Senado, por ser esta la Cámara donde siempre se concentró la presencia de los más altos dirigentes políticos partidarios y de intelectuales de reconocida presencia en el mundo académico y científico del Perú.

El unicameralismo puede ser útil en países pequeños territorialmente y poco poblados, como es el caso de los países centro americanos, pero resulta poco representativo

además de peligroso en países de territorio extenso y alta densidad poblacional. Por lo demás, en su versión actual el bicameralismo ha superado las antiguas diferencias por el origen de sus conformantes, tendiendo más bien a tener un significado propio cada cámara, una como expresión de la voluntad política del electorado, y la otra como representación cabal del territorio tal como éste expresa la organización del Estado (Estados federales, territorios autonómicos, regiones, departamentos, etc.).

Otro criterio que abona a favor del bicameralismo y que tampoco es tomado en cuenta en el análisis de Rubio, es la especialización entre las cámaras, de tal manera que mientras la cámara baja o de diputados o asamblea nacional, según como se le denomine ejerce principalmente las funciones y atribuciones correspondientes al control político, teniendo además la iniciativa legislativa, la otra Cámara se ocupa más genéricamente de los intereses generales del Estado, de los altos nombramientos, teniendo en la parte legislativa atribuciones de segunda reflexión o si se quiere de revisión. En todo caso, la diferenciación y especialización elimina los argumentos como el de la economía procesal, que suele ser el que habitualmente se invoca a favor del unicameralismo.

Un comentario adicional en este aspecto, tiene necesariamente que señalar un elemento que está en el derecho parlamentario comparado, que consiste en la existencia de una norma casi común que autoriza a que los proyectos de ley puedan ser eventualmente dispensados del trámite de comisión. Una fórmula de este tipo lleva casi inevitablemente a que realicen excesos cuando la composición de la Cámara única otorga mayoría absoluta a un solo lado. Así proyectos importantes que pueden afectar a las personas, a las instituciones o inclusive al interés nacional, pueden ser aprobados con sólo unas pocas horas de discusión, generando al mismo tiempo un efecto sorpresa y de desconfianza respecto del parlamento unicameral.

Por último, estimo hubiera sido útil que Rubio analizase los efectos prácticos del unicameralismo en el Perú. El Perú lleva cinco años sometidos a este régimen. Primero del 92 al 95 con el denominado Congreso Constituyente Democrático que también tuvo funciones de Congreso ordinario y luego con el primer Congreso Unicameral de la actual Constitución. ¿Qué nos dice la experiencia acumulada a favor del unicameralismo en el Perú? ¿Ha sido éste sabio en su producción legislativa? ¿No es señalado y criticado constantemente por excederse en la aprobación de leyes dispensadas del trámite de comisión y que muchas veces contienen materias que debieron merecer un estudio más atento y especializado? ¿Hasta qué punto la conducta del parlamento unicameral en el Perú confirma aquellas críticas que señalan los peligros de este tipo de configuración por su proclividad al asambleísmo despótico?

Aunque, como es obvio, respeto el criterio de Marcial Rubio a favor del unicameralismo, estimo sería conveniente hiciese una argumentación más sólida a favor de ella, o que eventualmente revisase su posición en esta materia, que al fin y al cabo es de suyo opinable.

En la continuación de su análisis, Rubio se ocupa del Capítulo II del Título IV, que se refiere a la función legislativa. En términos generales, el tratamiento es sobrio, profundo y sistemático. La única pregunta que formulo es con relación a su lectura del

artículo 106° sobre leyes orgánicas. El autor sostiene que no ve mayores diferencias con relación a las leyes ordinarias salvo el trámite establecido para su aprobación o modificación, que requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

No descarto que esta sea una interpretación correcta, sin embargo, la primera parte del artículo 106° señala contenidos diferenciales que parecieran estar reservados única y exclusivamente a las leyes orgánicas. Por lo demás la tendencia de los parlamentos desde 1980 a la fecha, ha sido precisamente la de distinguir y reservar ciertos temas a las leyes orgánicas que de esta manera parecerían jerárquicamente superiores a las ordinarias. Adicionalmente, se trata de temas que no son en absoluto delegables, es decir el parlamento se reserva la exclusiva de aprobar las leyes llamadas orgánicas; se aprueban y modifican con quórum especial y no pueden ser variadas o sus contenidos tratados en leyes ordinarias. Asumamos un caso hipotético en el cual un juez contempla un punto en el que hay contradicción entre lo que dispone una ley orgánica y una ley ordinaria ¿a cuál preferirá teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 51° de la Constitución?

3.4.3 *Poder Ejecutivo*

A partir del Capítulo IV, la tesis de Rubio desarrolla los capítulos referentes al Poder Ejecutivo, el Consejo de Ministros y las relaciones con el Poder Legislativo.

Se trata de una de las partes de la tesis mejor logradas en cuanto a su enfoque y minuciosidad. En términos generales suscribo prácticamente la totalidad de los planteamientos que sustenta Rubio. Las críticas que formula a ciertas disposiciones como por ejemplo : la reelección inmediata contemplada en el artículo 112°, agravada por la Ley Nº 26657, están correctamente formuladas y son una contribución al esclarecimiento de un asunto que está generando problemas y tensiones políticas que afectan al país.

En las páginas 306 a 312, Rubio se ocupa del inciso 19) del artículo 208°, que autoriza al Presidente a dictar medidas extraordinarias mediante Decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso, pudiendo éste modificar o derogar los referidos Decretos de urgencia.

Rubio señala las diferencias con el texto de 1979 y comenta que el nuevo inciso no ha hecho más que incorporar lo que la práctica había consagrado, es decir, opina que las medidas extraordinarias a que se refería la Constitución del 79, tenían efectos prácticos de Decreto Ley.

Evidentemente un sector ha opinado en ese sentido, pero debo dejar constancia que según mi experiencia parlamentaria el Congreso entre 1980 y 1992, nunca aceptó esta interpretación, cuestionando más bien las pretensiones gubernamentales de considerar las medidas urgentes y extraordinarias como si fueran o tuviesen fuerza de ley.

En todo caso, me parece muy sugerente la afirmación de Rubio cuando sostiene que el dispositivo «permite aquí una forma de dictadura constitucional que constituye

una excepción al régimen normal de separación de poderes». Al fundamentar Rubio señala: «Esta es una situación de dictadura porque se unifican en un solo órgano, funciones que normalmente están separadas en varios. Es dictadura constitucional porque la Constitución la legitima».

El planteamiento es novedoso pero estimo que requeriría una mayor fundamentación. Se trata de un dispositivo que flexibiliza la relación sin que necesariamente ello constituya una dictadura constitucional. El mismo artículo señala que hay dación de cuenta por un lado y por otro, capacidad del Congreso para modificar o derogar los referidos Decretos de urgencia. Por lo demás, es una figura que existe en el derecho comparado. Estimo que más bien puede especularse que la falla proviene de no haber dispuesto un procedimiento legislativo complementario –como el de la Constitución española, por ejemplo– que prevea la acción ratificatoria o rectificatoria *a posteriori* del parlamento.

Estimo escuchar sobre este aspecto la opinión de fundamentación por parte de Rubio. Los demás aspectos del capítulo reitero que encuentro todo su desarrollo consistente y de gran riqueza analítica.

3.4.4 Poder Judicial (volumen V)

El tema del Poder Judicial es motivo de un largo tratamiento que ocupa gran parte del volumen V. Una vez más, Rubio demuestra su gran dominio de los temas constitucionales y el nivel desagregado pero al mismo tiempo profundo y consistente de los asuntos que son materia de la Constitución. En esta parte el uso que de la jurisprudencia contribuye a esclarecer y precisar alcances de los temas analizados.

Entre todas las afirmaciones correctas, a mi juicio, que son desarrolladas en parte de la tesis, destaco algunas que son esclarecedoras de algunos temas en los que el debate académico y político no logra unificar criterios. Así por ejemplo, está el planteamiento según el cual Rubio sostiene que la función jurisdiccional no es ejercida exclusivamente por el Poder Judicial, esto que parece obvio ha pretendido ser puesto en cuestión, a pesar de que la función jurisdiccional de otros órganos, como por ejemplo el Tribunal Constitucional o el Jurado Nacional de Elecciones, deriva del propio texto constitucional. Es probable que esta discusión se deba a que la Constitución de 1993, como señala Rubio, adolece de falta de claridad al respecto.

No obstante, y dado el carácter polémico de este asunto, sería interesante que Rubio pudiera ampliar, al momento de su exposición oral, este tema señalando por ejemplo si los Tribunales militares o el Constitucional tienen la potestad del control difuso y cómo y en qué situaciones lo ejercerían.

Otro tema complejo que aborda la tesis es la que se refiere a la independencia y autonomía del Poder Judicial. Rubio incluye en este aspecto cuestiones referentes a la denominada reforma del Poder Judicial, así como a las leyes que han creado algunos organismos ad hoc, como por ejemplo la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial. Sobre el tema pareciera ser de claridad meridiana que el recorte de atribuciones del Presidente de la Corte Suprema y de la Sala Plena no son constitucionales y que en la práctica

existe un exceso cuando no una invasión de la Comisión Ejecutiva que afecta el funcionamiento del Poder Judicial sobre lo que se refiere a su independencia.

Otro tema que trata Rubio es el de la pena de muerte (Art. 140°). Respeto de ésta señala con claridad que el dispositivo no es conforme con los compromisos internacionales adquiridos por el Perú. Estos le impiden ampliar ese tipo de pena a tipos que no estaban previstos cuando el Perú se convirtió en parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. Se trata pues de una limitación que impedía al Perú ampliar la pena de muerte. En todo caso ésta podría ser considerada como inaplicable, dado que por encima de la Constitución peruana primaría lo dispuesto en el tratado internacional.

También es útil referirme al análisis exhaustivo y muy valioso del Art. 149°. En él Rubio incorpora aportes interdisciplinarios que ayudan a comprender la importancia de reconocer a las autoridades campesinas y nativas con el aporte de las rondas campesinas, el ejercicio de funciones jurisdiccionales, de conformidad con el derecho consuetudinario.

En el desarrollo del tema judicial también se encuentra el tratamiento de instituciones conexas como el Consejo Nacional de la Magistratura y el Ministerio Público. También trata con corrección y como un tema adicional de importancia, la institución nueva del Defensor del Pueblo.

Temas adicionales considerados en este volumen V, son la seguridad y la defensa, donde hay amplia referencia a la defensa nacional y a la seguridad integral. En cuanto a la Policía nacional, hay aportes importantes que precisan el concepto de orden interno, como eje de la actividad y las responsabilidades policiales.

Otros aspectos son : el referente al sistema electoral, que trata como una configuración nueva pero algo confusa en sus normas y relaciones entre los tres órganos que lo componen. Por último, se refiere al capítulo sobre descentralización, regiones y municipalidades. En este aspecto Rubio acierta en la crítica al señalar el carácter menor del capítulo, la reducción del trato al mínimo indispensable y cómo ello ha permitido que en la práctica se afecte y se limite a las municipalidades. En cuanto a las descentralización anota que ella no va más allá de una norma general de definición faltando precisiones que hubieran permitido una acción más definida del Estado a favor de la Constitución de las regiones y la aplicación de un sistema de descentralización real y efectivo.

4. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

El sexto y último volumen de la tesis de Marcial Rubio está dedicado en su primera parte al análisis de las garantías constitucionales. En ese marco se refiere a los antecedentes y configuración conceptual de las garantías constitucionales y trata de manera extensa y sustantiva la institución del control constitucional. Su análisis de estos temas es de los más logrados de su detallado estudio de la Constitución de 1993.

El volumen VI también contiene el examen del procedimiento para la reforma de la Constitución. Con el desarrollo de ese tema Rubio finaliza el análisis exegético de la

Constitución. Ingresa luego a la tercera y última parte de su trabajo de tesis, compuesto por una propuesta de modificación constitucional y por 72 conclusiones. Dada la riqueza conceptual, la capacidad de proposición creativa y la importancia de conclusiones que fluyen de un estudio tan extenso, profundo y bien documentado, quiero dedicar la última parte del presente informe al comentario de ambas cuestiones.

Rubio parte del supuesto, en su caso fehacientemente comprobado de que la Constitución actualmente vigente presenta defectos insalvables en la técnica jurídica empleada para la formulación de sus normas, equivocaciones conceptuales, vacíos y ambigüedades que requieren de una revisión prácticamente integral del conjunto de la carta. No obstante Rubio acierta al optar por una propuesta de modificación constitucional, y no por una nueva Constitución, cosa que por cierto poco o nada ayudaría al respeto que el país debe tener por la Constitución.

La modificación significa introducir de manera sistemática cambios que le den a la actual Constitución, la claridad, consistencia y coherencia que ahora no tiene. Para conseguir este propósito, Rubio elabora o se refiere a un conjunto de principios, que en realidad son más adecuadamente criterios, con los cuales orientar el conjunto de esta revisión sistemática.

Estos criterios son básicamente los siguientes : criterio de legitimidad electoral, que consistiría en la ampliación de la democracia representativa a órganos constitucionales como el Defensor del Pueblo, el Fiscal de la Nación, miembros del Jurado Nacional de Elecciones, Tribunal Constitucional, Contralor General. En todos estos cargos la propuesta sugiere encontrar la modalidad más operativa para que el fundamento de la autoridad provenga de algún sistema de elección popular.

El segundo criterio es la introducción del voto popular para arbitrar los conflictos de los órganos del Estado. Como es obvio, el fundamento de la propuesta apela al fundamento primero de la democracia que consiste en aceptar que el poder radica en el pueblo, no debiendo por tanto éste permanecer indiferente a conflictos entre órganos derivados de ese poder que pueden generar situaciones graves para la estabilidad del sistema político.

La siguiente sugerencia es poner al día la separación de poderes; a este respecto es muy atinada la observación de Rubio de que hoy en día son más que lo dispuesto por la teoría clásica (tres órganos o poderes), los órganos estatales con poder. Efectivamente, el Estado moderno tiene órganos de diverso tipo que ejercen un poder funcional que en diversos casos y en razón de la naturaleza de los temas en que se ocupa y en criterio de eficacia, son autónomos y están a cargo de autoridades con capacidad resolutive.

A continuación Rubio sugiere como otro principio o criterio, no temer al conflicto y a la discusión pública. En sustancia se refiere a la conveniencia de admitir que es bueno para la democracia el que se expliciten los conflictos, que es como mejor puede contribuir la democracia a resolverlos y por otro lado, la discusión pública es en el planteamiento de Rubio, la expresión del pluralismo, la natural discrepancia, el diálogo y la libertad de posiciones, todo lo cual bien considerado alimenta a la democracia

puesto que desarrolla la conciencia cívica de la participación abierta en los asuntos públicos.

Otro elemento básico sobre la cual Rubio edifica metodológicamente su propuesta, es la descentralización del poder, que aparece como una necesidad perentoria habida cuenta el retraso que el país tiene en esta materia y en la conveniencia de que el poder se traslade del centro hacia las regiones, cosa que sólo se podrá obtener si el Gobierno central se desprende de parte de sus potestades y la entrega a las autoridades regionales.

Por último, Rubio propone un criterio operativo práctico señalando que «lo importante es saber dónde se añade y dónde se resta poder». Como es evidente el eje de toda la propuesta aparece aquí en su núcleo sustantivo que es el poder y cómo se redistribuye éste, de tal manera que el resultado sea una estructura más abierta, más participada pero al mismo tiempo mejor estructurada y con mayor cohesión que la actual.

Utilizando el conjunto de los criterios anteriormente mencionados, Rubio desarrolla una propuesta concreta de modificación constitucional que tiene por lo menos 27 desagregados específicos que sin embargo implican o afectan a no menos de la mitad de los artículos de la Constitución vigente. Desde luego, se trata de una reforma constitucional masiva, pero que sin embargo tiene una lógica interna puesto que apunta a cambiar el tipo de régimen político en el Perú en concreto. Por esta razón sin perjuicio de reconocer la importancia de la propuesta en su totalidad, me parece pertinente referirme a este aspecto que atañe al cambio de régimen político en la Constitución.

En efecto, Rubio propone que el Presidente de la República sea Jefe de Estado y que exista un Primer Ministro que asuma las funciones y responsabilidades del Gobierno. Como consecuencia de este cambio, limita al Presidente la atribución de renunciar ministros, pero en cambio amplía su capacidad de disolver el Congreso sin que esté sujeta a la censura o falta de confianza de dos gabinetes, fortaleciendo en este caso la capacidad del Presidente para devolverle al pueblo el derecho de éste a determinar la composición del Congreso. También reconoce en el Presidente la capacidad de promulgar la legislación y observar leyes; establecer el régimen de excepción y emitir Decretos Leyes, convocar a referéndum, promover acción de inconstitucionalidad preventiva o posterior, promover la acusación constitucional, del mismo modo que la tienen los Congresistas, convocar a legislaturas extraordinarias, etc. De esta manera las funciones propiamente gubernamentales entendidas como administración, pasarían a ser responsabilidad exclusiva del Primer Ministro y su Gabinete.

La propuesta parece interesante pero estimo que requeriría de una fundamentación más amplia y con base en fundamento no sólo jurídicos, sino también históricos, políticos, sociológicos y culturales. No queda claro si en la propuesta de Rubio, estamos frente a un régimen de tipo parlamentario. Por un lado sigue siendo el Presidente quien nombra al Primer Ministro y a los ministros; por tanto el gobierno no se originaría en el voto popular para la composición del Parlamento y su resultante en la conformación del Gabinete. Pero al mismo tiempo se instituye un gobierno de gabinete que naturalmente está más sometido al control político del Congreso, con lo cual volvemos a acercarnos al régimen de tipo parlamentario.

En buena cuenta, el híbrido no queda resuelto, pues se mantiene la misma ambigüedad que hoy nos afecta, sólo que aplicando una redistribución de funciones y responsabilidades. En todo caso este jefe de Estado de nuevo tipo pierde atribuciones de gobierno pero las que adquiere son de tal naturaleza que bien podríamos comparar la figura a la de un monarca sin corona pero con banda y tanques a su disposición. No encuentro pues en la propuesta una definición precisa de régimen, y estimo que este tipo de ejercicio debe siempre considerar las posibilidades de la realidad, habida cuenta de la historia y la configuración sociológica del país.

Por otra parte, el tratamiento que la propuesta hace del Congreso es en verdad pobre y mantiene el criterio de su modalidad unicameral. No aparece el fundamento ni tampoco la evaluación crítica y objetiva que de sustento a un Parlamento unicameral. La propuesta por otra parte, no parece haber considerado el alto riesgo que significa el desmesurado poder que suele tener un Parlamento unicameral cuando el gobierno es de gabinete. Y por cierto, la solución no está en disolver el Congreso a cada instante. La IV República francesa ya pasó por ese ensayo, que fue un severo fracaso por la constante inestabilidad política que le caracterizó. ¿No sería preferible considerar un Parlamento bicameral, pero donde las atribuciones legislativas queden enmarcadas dentro de lo que según el modelo de la Constitución francesa de 1958 se denomina «dominio de la ley»?

Dejo expresa constancia que estos comentarios y observaciones no invalidan en absoluto el interés y la calidad de la propuesta que Marcial Rubio formula. Pero puesto que se trata de un ejercicio académico me parece pertinente presentar objeciones que pueden ser útiles para enriquecer el ejercicio elaborado por el doctorando.

Finalmente, debo referirme a las Conclusiones de la tesis. Ellas son 72. Las diez primeras tiene que ver con el diseño global de la Constitución y las sesentidós restantes con normas específicas. En todos los casos las conclusiones elaboradas por Rubio fluyen lógicamente del sesudo análisis que caracteriza el conjunto de su investigación. Los comentarios realizados a lo largo del presente trabajo estimo me eximen de un desarrollo puntual sobre cada una de las conclusiones, teniendo en cuenta sobre todo que metodológicamente están muy bien planteadas y cada una de ellas expresa el punto de vista científicamente fundamentado del autor.

Sólo a título de un interés académico como informante, expreso o subrayo la importancia de las siguientes conclusiones:

- La segunda conclusión sostiene que los derechos sociales tienen marcada tendencia hacia el liberalismo. La afirmación es correcta, pero en verdad ¿no lo tiene toda la Constitución y es el neoliberalismo el modelo escogido al punto tal que le da un tinte y definición ideológica a la actual Constitución?
- La conclusión tercera reconoce un avance significativo en la incorporación de mecanismos de democracia directa como el referéndum. No obstante debe también señalarse que estos mecanismos están siendo constantemente neutralizados y deformados, imposibilitándose en la práctica, el ejercicio ciudadano concedidos en el Art. 38° de la Constitución.

- En la conclusión cinco se sostiene: «se ha pasado de un Estado social y de servicios a un Estado neoliberal de normas, control de su cumplimiento y gasto social». En verdad ¿qué tipo de Estado es el que consagra la Constitución de 1993?
- Las conclusiones siete y ocho señalan, con acierto, que existe desequilibrio en la concepción e implementación del legislativo y el ejecutivo, así como en las relaciones entre uno y otro.
- Es muy importante la conclusión nueve: «No existe interpretación auténtica de la Constitución por el Congreso». Este lo que puede hacer es modificarla por el procedimiento del Art. 206° de la propia Constitución.
- Se sostiene igualmente con acierto, que la Carta actual es muy pobre en todo lo referente a la descentralización y que más bien es notorio un mayor afán centralista y de restricción de la autonomía de los gobiernos locales.

Sin perjuicio de estas conclusiones que se refieren principalmente a la organización del Estado y conformación del poder político, son a mi parecer importantes y útiles las conclusiones 18, 19 y 20 que se refieren a las instituciones de la democracia directa. La 21 que propone el voto a los militares en actividad, la 23 que señala la necesidad de contar con una ley de organizaciones políticas; la 25 sobre el claro establecimiento de que el derecho a la nacionalidad se encuentra en la propia Constitución sin que ésta establezca distinciones en el principio, sino tan sólo en determinadas y específicas aplicaciones para los extranjeros nacionalizados; la 26 que sostiene la conveniencia de que el Perú firme la Convención de Derecho del Mar; la 29 que aclara el concepto sobre posiciones dominantes en el mercado, ligándolo principalmente a la conducta empresarial frente al consumidor; la 33 de que concluye que en materia de propiedad y empresa existe básicamente una igualdad de trato a los derechos públicos y privados nacionales y extranjeros; la 36 referente a la conveniencia de que en la propia Constitución se garanticen los derechos de dominio de las comunidades nativas sobre sus tierras.

Otras conclusiones sugerentes se encuentran en la 41 que propone modificar el Art. 100° de la Constitución para que las sanciones que impone el Congreso no queden fuera del alcance de la revisión jurisdiccional; la 43 que concluye que el Presidente en actual ejercicio no podría postular nuevamente el año 2,000; la 47 que sugiere reformular la modalidad o criterio mediante el cual se puede disolver el Congreso; la 50 en el sentido de considerar un acierto el separar entre órganos de gobierno y gestión y órganos jurisdiccionales; la 57 que respalda la elección de los jueces de paz; la 59 que concluye favorablemente a la institución del Defensor del Pueblo; la 62 que sugiere la necesidad de aclarar y precisar el carácter no deliberante de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional; la 63 proponiendo restricciones a la competencia de los Tribunales Militares en asuntos penales; la 65 que respalda la urgencia de poner en marcha las regiones y sus gobiernos; en fin la 70 que se refiere a la conveniencia de precisar alcances de las resoluciones del Tribunal Constitucional, puesto que a éste sólo le correspondería el pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de una ley.

Por las razones expuestas en el presente informe, sostengo que Marcial Rubio ha realizado una investigación sobre la Constitución de 1993, que es de excelente calidad

académica y científica. Propongo por tanto que el Comité Coordinador del Doctorado autorice la sustentación oral de su trabajo. Tengo la certeza que su exposición aportará aún más luces sobre la extensa materia tratada en el texto escrito.

Lima, 22 de agosto de 1997