

La Necesidad de un Debate Constitucional

Marcial Rubio Correa

Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

El objeto de este escrito es preguntarnos si se justifica o no una modificación constitucional en el Perú de hoy. La pregunta es pertinente porque, desde luego, la modificación constitucional tiene una aplicación inmediata, de interés directo: evitar que el artículo 307 del texto vigente, de continuar existiendo, obligue a enjuiciar al actual presidente, sus ministros y los altos mandos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Nos parece importante, por simple honor a la verdad, destacar este punto y, dejándolo allí, pasar a tratar directamente nuestro tema. Sobre él, pienso que es pertinente hacer una rediscusión constitucional y la razón es ésta: la Constitución de 1979 fue hecha mirando al pasado y en la etapa final de una determinada forma de organización de la sociedad peruana.

Muchas cosas han cambiado en el Perú entre 1979 y 1992. Entre las principales están: el mundo del trabajo; el estado de bienestar y el liberalismo; la manifestación externa de la violencia social y política; la organización del estado con especial énfasis en la descen-

tralización, y lo avatares de la democracia. Desarrollemos brevemente estos aspectos.

El mundo del trabajo

La constitución de 1979 está diseñada para un mundo de trabajo formal, con empresas, empleados y trabajadores acomodados a los parámetros generalmente aceptados para las relaciones laborales. Sólo se produce un atisbo al mundo "menos formal" cuando se hace extensión analógica de los derechos de los trabajadores "de verdad" a los trabajadores a domicilio (artículo 50), y de los derechos de sindicalización para los trabajadores "no dependientes" (artículo 52).

El Perú de 1979 parecía un país formal con manchitas de informalidad que había que limpiar para que todo quedara en orden. El mismo uso de la palabra "informalidad" anuncia ya un estado de ánimo, una toma de posición sobre el fenómeno: lo informal está fuera de la regla y el sentido de las cosas debe ir hacia que se "formalice".

En 1992, todo ambiente razonable del Perú considera que "lo

informal" es ya parte del sistema y, desde luego, que la palabra con que lo motejamos es inapropiada. Muchos, además, consideran que lo informal es la columna vertebral de la organización económica y social. Inclusive, hay quienes sostienen que lo informal es uno de los motores principales que tiene el desarrollo peruano y, en todo caso, es el salvavidas que le permite subsistir a más de la mitad de la población sin caer en el delito.

En otras palabras, es preciso mantener el tratamiento positivo del trabajo "formal" en la Constitución, pero es igualmente indispensable reconocer derechos a la informalidad. ¿Cuáles y qué significan? Bueno, eso es una discusión que tiene, entre otras, varias aristas constitucionales.

El estado de bienestar y liberalismo

En 1979, la sociedad pensaba que el Estado debía proporcionar lo necesario para subsistir y, aún, para desarrollar. Esto no sólo son palabras: está escrito en la propia Constitución.

Así, entre otros aspectos:

- La madre tiene derecho a la

protección del Estado y a su asistencia en caso de desamparo (artículo 7).

- El niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral (artículo 8).
- Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa (artículo 10).
- La seguridad social tiene como objeto, entre otros, cubrir los riesgos de desempleo, vejez, viudez, orfandad y cualquiera otra contingencia susceptible de ser amparada conforme a ley.
- Todos tienen el derecho a la protección de la salud integral y el Poder Ejecutivo señala la política nacional de salud, controla y supervisa su aplicación. Asimismo, es responsable de la organización de un sistema nacional descentralizado y desconcentrado, que planifica y coordina la atención integral de la salud a través de organismos públicos y privados, y que facilita a todos el acceso igualitario a sus servicios, en calidad adecuada y con tendencia a la gratuidad (artículos 15 y 16).
- El Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de la persona y su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación (artículo 18).

Pero, al mismo tiempo:

- El Estado promueve la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y de vivienda (artículo 18).
- El Estado apoya y estimula a las cooperativas, las mutuales y en general a las instituciones de crédito hipotecario para vivienda y los programas de autoconstrucción y alquiler-venta. Concede alicientes y exoneraciones tributarias con el fin de abaratar la construcción. Crea las condiciones para el otorgamiento de créditos a largo plazo y bajo interés (artículo 18).
- El Estado reconoce, ayuda y supervisa la educación privada,

La estrategia debe ser mejorar el sistema de descentralización del poder, aprendiendo de los errores y dificultades de la década de los ochenta

- cooperativa, comunal y municipal que no tendrán fines de lucro. Ningún centro educativo puede ofrecer conocimientos de calidad inferior a los del nivel que le corresponde, conforme a ley (artículo 30).
- El Estado promueve la educación física y el deporte, especialmente el que no tiene fines de lucro. Les asigna recursos para difundir su práctica (artículo 38).
- La investigación científica y tecnológica goza de atención y estímulo del Estado (artículo 40).
- El Estado promueve y protege el libre desarrollo del cooperativismo y la autonomía de las empresas cooperativas. Así mismo, estimula y ampara el desenvolvimiento de las empresas autogestionarias comunales y demás formas asociativas (artículo 116).
- El Estado impulsa el desarrollo de la Amazonia (artículo 120).
- El Estado fomenta y estimula la actividad minera. Protege la pequeña y mediana minería. Promueve la gran minería (artículo 122).
- El Estado otorga prioridad al desarrollo integral del sector agrario (artículo 156).
- El Estado dota al sector agrario del apoyo económico y técnico para incrementar la producción y productividad y otorga las garantías y asegura la estabilidad suficientes para el cumplimiento de dichos propósitos (artículo 158 inciso 1).

- El Estado estimula la ejecución de obras de irrigación, colonización y rehabilitación de tierras de cultivo, sea con recursos públicos, privados o mixtos, con el fin de ampliar la superficie agrícola y lograr el asentamiento equilibrado de la población campesina (artículo 158, inciso 2).
- El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas. Fomenta las empresas comunales y cooperativas (artículo 162).

Es evidente por sí mismo, no sólo que existe una gran distancia entre la norma y el hecho, sino también entre lo previsto y lo posible. Una evaluación desapasionada de cualquiera de estos aspectos en el Perú de los últimos doce años indica que la Constitución no se ha cumplido en absoluto. Esas tremendas diferencias, precisamente, son la brecha dentro de la cual se deslegitima la Constitución.

En las promesas hechas coincidían dos aspectos distintos en 1979: la pobreza extensa del Perú y la oferta de un mecanismo para solucionarla. Ello se realizaría a través de la política populista de decir que el Estado peruano era uno de bienestar.

Hoy, a partir de 1990 tenemos en aplicación una concepción liberal para la que el estado vuelve a ser el policía del siglo XIX: dicta las reglas y cuida que se cumplan. ¿Cuál es el sitio de los pobres en este Estado renovado (lo que es muy distinto de decir este nuevo Estado, desde luego).

En realidad, salvo Rousseau, ningún gran liberal se preocupó por los pobres (y como bien sabemos, Rousseau no figura en el santoral de los neoliberales). Lo esencial del pensamiento liberal es que todos debemos tener un sitio en el partidito y una educación que nos enseñe a correr. Otra cosa es, desde luego, que todos podamos correr y, en efecto, no todos estamos en esa capacidad. Pero ello no constituye un problema que quite el sueño al liberal. En otras palabras, los liberales no se preocupan de los pobres y, en el Perú, los hechos lo demuestran contundentemente a partir de 1990.

¿Es posible que esto continúe indefinidamente en un país donde el 60% de la población sufre miseria? Ante el fracaso histórico de los socialismos reales que encargaron todo el problema al Estado burocrático, ¿debemos persistir en elegir Estado o liberalismo, o debemos buscar un punto intermedio razonable?

Esta es una discusión central en el Perú de hoy mirando a futuro, y afecta el corazón de la discusión constitucional. En realidad, gran

parte de lo que contiene una Constitución moderna depende de la definición que se dé a este dilema.

Manifestación externa de la violencia social y política

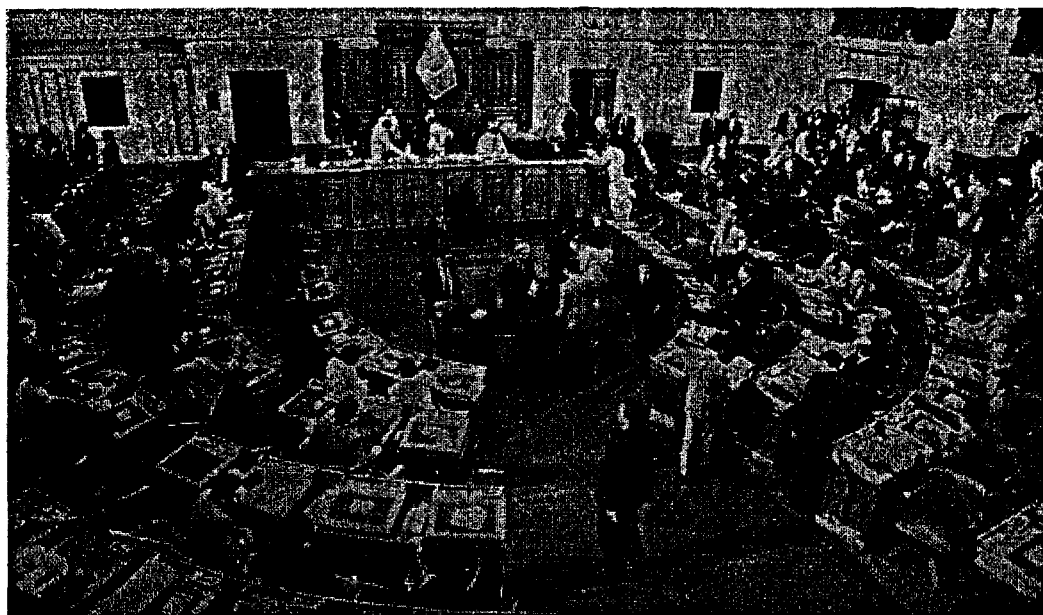
En 1979 no había signo visible de violencia política (el primero ocurrió en mayo de 1980) y muchos creían sinceramente que el Perú era un país pacífico, de gente no hecha para la violencia. El narcotráfico, por su parte, había iniciado su desarrollo, pero en aquel entonces sólo era un fenómeno incipiente.

Desde luego, el Perú es un país violento, pero las élites no lo concebían así por razones que tienen que atribuirse a prejuicios de clase social y, aún, de raza. Si bien estos prejuicios han sido mermados por los hechos de los últimos diez años, aún permanecen con significativo volumen.

Las únicas violencias reconocidas en la Constitución son la delictiva y la del golpe de Estado (en relación a esto último, pueden verse en particular los artículos 81, 82, 141 y 307).

Desde entonces, la idea de la violencia ha cambiado significativamente, no sólo porque el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 fue y es aún aplaudido al escribirse esta página, sino también porque el terrorismo y el narcotráfico han impuesto reglas sumamente duras, inhumanas, en el país.

En materia de terrorismo, el Gobierno ha tomado ya algunas decisiones de rango constitucional por la vía de los decretos leyes: el juzgamiento de civiles por tribunales militares y la utilización de procedimientos sumarios son ejemplos manifiestos que, desde luego, cuentan nuevamente con apoyo de la opinión pública expresada en encuestas. Eso, sin embargo, no convierte en menos inconstitucionales a estos decretos leyes y, en todo caso, sería deseable que el Congreso Constituyente tomara cartas en el asunto ratificándolos o rectificándolos. Lo propio sucede con el debate en torno a la reimplantación de la pena de muerte y la posición frente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, ratificada constitucionalmente en la



La violencia política y social, así como el rol que cabe en ella a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, es una materia netamente constitucional cuya discusión ha sido retrasada por largo tiempo

décimosexta disposición transitoria.

No ha ocurrido lo propio frente al narcotráfico, al que el Gobierno parece tener por un enemigo más manejable y, en todo caso, sin las uñas afiladas. Discrepamos de esta manera de ver las cosas. Frente a la administración de justicia, narcotráfico y terrorismo tienen grandes similitudes: los dos corrompen, los dos matan, los dos pueden amenazar a los jueces, los dos tienen organización poderosa a nivel nacional (y eventualmente internacional, lo que es particularmente cierto en el caso del narcotráfico). Por consiguiente, es muy discutible dar facilidades procesales a los narcotraficantes, como si fueran bandas de delincuentes de mínima significación.

Y en adición a estos problemas, queda aún pendiente el de las competencias de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional en materia de narcotráfico y, particularmente, de terrorismo. Durante los doce años pasados se pensó siempre, tanto en el gobierno como entre la opinión pública, que eran las Fuerzas Armadas las que debían ocuparse del terrorismo (y muchos piensan que también deben ocuparse del narcotráfico). Sin embargo, ambos asuntos son más de naturaleza policial que mi-

litar. Todo parte de la concepción existente en el Perú, de que los casos difíciles de orden interno deben ser resueltos por las fuerzas armadas (así lo consagra, además, el artículo 231 de la Constitución). Muchos pensamos que ese es un error y que en realidad, lo que el Estado debe hacer es garantizar la preparación y solidez de las instituciones policiales, a fin de que puedan cumplir su rol de garantizar, mantener y restablecer el orden interno (artículo 277 de la Constitución según la modificación hecha en la ley 24949 del 6 de noviembre de 1968).

En adición a estos aspectos, tenemos el hecho de que en el Perú existen desde 1958 los Comandos Político Militares cuya naturaleza es legislativa, pero no constitucional. Muchos hemos considerado conveniente que el gobierno de las zonas de emergencia sea civil y no castrense. Es un tema de organización del estado y, aunque se ha orillado su naturaleza hasta ahora, pertenece por esencia al dominio de lo constitucional.

La violencia política y social, así como el rol que cabe en ello a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, es materia netamente constitucional, cuya discusión ha sido retrasada por largo tiempo.

La organización del Estado con especial énfasis en la descentralización

La organización del Estado peruano está en cuestión. Este es un tema sumamente amplio y que, por tanto, sólo describiremos en sus aspectos más saltantes:

- Se reconoce que el Estado carece de soberanía en el territorio, si por ella entendemos la posibilidad de hacerse obedecer: existen largos espacios "liberados" por el narcotráfico o el terrorismo y, además, hay zonas en las que verdaderamente no se sabe qué es lo que sucede. El tipo de Estado que debemos tener es algo a rediscutir profundamente: ¿cómo se garantizará la soberanía nacional efectiva? Es un asunto que requiere volver a discutir los términos de poder en el país, y un tránsito hacia el logro de los objetivos que se trace. Lo que resulta evidente, es que no podemos persistir en la ficción de que, con los medios y formas existentes hasta ahora, tendremos soberanía territorial.

Esta no es una discusión teórica y tiene consecuencias muy concretas. Por ejemplo: ¿la sociedad civil va a tener encargo del Estado para ejercitar el poder? La pregunta está formulada de manera conceptual pero, en buen romance, significa preguntarse si las rondas campesinas y urbanas adoptarán regularmente función de policía. También, desde luego, significa preguntarse si esta bien que la custodia privada y pública sea hecha en las ciudades, de manera creciente, por policía particular (como en efecto viene ocurriendo). Los ejemplos pueden multiplicarse y sólo anuncian que el significado preciso de lo que es soberanía, y del rol que cabe en ella al aparato del Estado y a la sociedad civil, tiene que ser repensado.

El propio gobierno de facto ha puesto en debate algunos temas indudablemente pertinentes: la renovación por mitades o tercios del

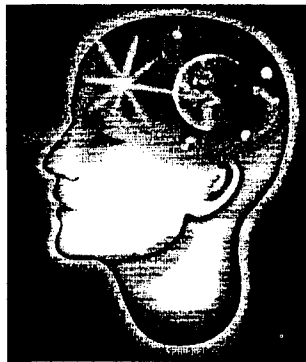
Poder Legislativo, la unicameralidad, la reestructuración del Poder Judicial, el rol del Tribunal de Garantías Constitucionales. A esos temas habría aún que hacer numerosas contribuciones y añadir otros. Por ejemplo: reestructuración de la figura del Presidente de la República; establecimiento de mayores controles del Legislativo sobre el Ejecutivo como contrapartida al mayor poder de dictar normas jurídicas que ha asumido éste en los últimos años; posible establecimiento de un jefe de gobierno. Todos estos aspectos tienen que ser rediscutidos en el país y, en ellos, la Constitución de 1979 es tremendamente débil y anticuada. Los hechos lo demuestran.

Pero tal vez el aspecto más importante de esta parte de la problemática es el de la descentralización. Aquí hay dos aspectos: los gobiernos locales y los regionales.

Uno de los grandes logros del país con la Constitución de 1980 fue el de la institucionalización de los gobiernos locales. Si éstos eran vistos antes como agencias de servicios con pésima performance en materia de acondicionamiento territorial y baja policía, ahora crecientemente son percibidos como lo que son: es decir, gobiernos locales. La tradición el gobierno local en el Perú es grande y sus competencias son bastante bien conocidas (aunque no fueron nunca sistemáticamente observadas, pues el Gobierno Central se apoderó de aquellas que le eran más útiles en términos populistas).

Hoy parece indispensable consolidar el espacio de los gobiernos locales, no sólo en función de sus competencias, sino también como mecanismos fundamentales de la estructuración de la vida democrática del país.

Pero con la Constitución de 1979 también dio sus pasos iniciales el proceso de descentralización del Estado a partir de los gobiernos regionales. Estos fueron diseñados muy empíricamente, probablemente con más buena in-



tención que conocimiento, por los Constituyentes de 1979. La experiencia ha sido complicada y para las provincias, además ha sido frustrante. Pero en realidad se ha sembrado un árbol de mucha altura y que ya no podrá ser removido de la estructura el Estado peruano sin graves conflictos.

La estrategia, por consiguiente, debe ser mejorar el sistema de descentralización del poder, aprendiendo de los errores y dificultades de la década de los ochenta. Es una discusión inmensamente importante para el buen gobierno, el desarrollo y la justicia en el Perú.

Concebir un Estado con tres niveles de poder (nacional, regional y local), supone un esfuerzo organizativo tremendo porque, en el Perú, el centralismo siempre fue el factor hegemónico en toda toma de decisión. Entre otras cosas, probablemente exigirá que exista un organismo independiente de los tres gobiernos, que tenga por función resolver los problemas de competencias entre ellos. El tribunal de Garantías Constitucionales, totalmente cambiado, podría ser el organismo que tome a su cargo esta tarea entre otras.

Todos estos aspectos indican la necesidad de dar una profunda discusión sobre la estructura del Estado peruano que, en definitiva, es la manera cómo se utiliza el poder. Desde este punto de vista, la reforma constitucional es, diríamos, indispensable.

Democracia

Finalmente, está en discusión el modelo democrático. Durante los últimos años siempre se sostuvo (no necesariamente por sectores mayoritarios, es cierto) que el modelo democrático representativo peruano es muy cerrado y que no da toda la participación que debería al pueblo en la toma de decisiones. En este contexto, se discutirá procedimientos de democracia directa, particularmente el referéndum, y otros como la renovación por partes del Congreso, que no tiene otra finalidad que abrir el espectro de presencia de la opinión pública en el quehacer político permanente.

Otro asunto que deberá discutirse es el de los reglamentos que regirán a los partidos políticos. Normas que los obligaran a sostener elecciones internas verdaderamente participatorias, y a dar a conocer los ingresos y los egresos partidarios, en especial en épocas de campaña electoral, serían más que suficientes no sólo para que los partidos den un voltereta en su significación, sino también para remozar todo nuestro sistema político.

Después de lo dicho, creemos que se justifica afirmar que es buen momento para debatir el poder, el Estado, y dar una nueva Constitución al Perú (no sólo parchar la formalmente vigente con una o dos docenas de modificaciones). Por supuesto, al final todo este ejercicio puede quedar reducido a la derogación del artículo 307 y algún maquillaje adicional. En ese caso, no se habrá hecho sino perseverar en los vicios de la política tradicional (en modo alguno la última) de actualizar sus normas fundamentales para enfrentar con mayor modernidad el futuro.