

Instituciones para un gobierno abierto

Alberto Bustamante Belaunde (*)

Catedrático de Derecho Administrativo en la facultad de Derecho de la PUC.

Excesivamente preocupados por los detalles reglamentistas y por los numerosos y complicados regímenes de organización y de personal que coexisten en las dependencias del Estado, muchos de los que trabajan y escriben en el Perú sobre Derecho Administrativo difunden una imagen pobre y limitada de esta disciplina¹.

Muy a menudo asociada con la ineficiencia cotidiana de ese "ogro filantrópico" —como definió alguna vez Octavio Paz al Estado—; identificada con la falta de racionalidad que caracteriza en países como el nuestro a la mayoría de los funcionarios públicos; emparentada con un crecimiento burocrático improductivo y deficitario que además no se refleja en los servicios que efectivamente debería prestar el Estado a los ciudadanos; en general, la imagen pública del Derecho Administrativo está más cerca de la muralla arbitraria de los papeles que nos hacen sucumbir día a día que de un conjunto de instrumentos capaces de transformar las características básicas de nuestra institucionalidad democrática. Observadores extranjeros de nuestra realidad institucional han comentado recientemente, sin embargo, que algunas estrategias de reforma institucional —y se refieren de modo más específico a las propuestas por el Instituto Libertad y Democracia (ILD)— importan "un nuevo cuerpo jurídico administrativo, diseñado con el objeto de terminar con los abusos del poder regulatorio y estimular la participación del público en la política regulatoria"².

Lo que estas líneas pretenden es, precisamente, dar cuenta de uno de los esfuerzos que —obviamente desde fuera del Estado— apuntan a que el Derecho Administrativo pueda transitar de su actual condición de gran glosario para uso exclusivo de eruditos y burócratas "con experiencia" a su verdadera vocación de escultor concreto del comportamiento democrático del Estado³.

Las líneas que siguen están divididas en tres partes: 1) Una descripción general del panorama histórico-jurídico de las relaciones entre los poderes del Estado, que permitirá apreciar el peso de la herencia colonial y su resultado actual más saltante: el presidencialismo; 2) Una reflexión crítica en torno a las características más significativas de una estructura gubernamental cerrada como la nuestra, y 3) La postulación, en sus rasgos básicos, de un conjunto de mecanismos viables de organización institucional que deberían hacer posible, en lo más directo y cotidiano, una verdadera democracia que trascienda el marco meramente electoral⁴.

1. EL PRESIDENCIALISMO EN EL PERU

No es aventurado señalar que el presidencialismo en el Perú fue la única forma republicana capaz de suceder exitosamente a la administración colonial y, en lo concreto, al régimen virreinal. Probablemente causante de más de uno de los numerosos quiebres que

* El autor de estas líneas es responsable de los asuntos legales del Instituto Libertad y Democracia (ILD), lo que de ninguna manera compromete la opinión de esta institución.

1. El Derecho Administrativo en el Perú, dejando de lado excepciones muy honrosas y enaltecedoras, está asociado al reglamentismo contradictorio de los cientos de regímenes de los que gozan (?) algunos pensionistas. En sus versiones más sofisticadas, las concepciones "sistémicas" han inundado injustificadamente el mercado editorial sobre el tema y, lo que es peor, han generado nociones que son intensamente "aplicadas", aún sin ser entendidas, por la propia administración pública.
2. Schuck, Peter, and Litan, Robert E.: "Regulatory Reform in the Third World: The Case of Peru". En: *Yale Journal on Regulation*, Volume 4, Number 1, Fall 1986, p. 53.
3. El Derecho Administrativo no debe limitarse a recopilar o explicar la frondosa normatividad administrativa ya vigente. Debemos exigir a los administrativistas que diseñen instituciones y fórmulas que hagan posible la democratización del Estado, en ese terreno inmenso y para muchos desconocido que es el Derecho Administrativo.
4. El Perú es una República "democrática", en el sentido de que elige a sus gobernantes. Tal dimensión de la democracia, sin embargo, no deja de ser estrecha. Entre otras razones, porque no llega a impedir, por sí sola, que el gobernante, una vez elegido, pueda actuar con gran discrecionalidad e, inclusive, arbitrariedad.

exhibe el interrumpido curso de la historia de la democracia peruana, se ha intentado, en más de uno de la decena de ensayos constitucionales por los que hemos atravesado como República, amenguar sus efectos perniciosos. Debe recordarse, a ese respecto, y como una simple aunque ilustrativa anécdota, la intensa polémica que desató, recién en los primeros años de la década del sesenta, la afirmación radical que Víctor Raúl Haya de la Torre formulara en el sentido de que el Parlamento era el primer poder del Estado. En ciertos comentarios fue tratado casi como si hubiese incorporado forzosamente una reflexión "europeizante" e inconsecuente con la tradición política criolla.

El presidencialismo peruano parece ser un fenómeno mucho más cercano a la cultura política tradicional de las mayorías que a la mayor o menor sujeción formal que el conjunto de la sociedad civil haya mostrado históricamente hacia los textos constitucionales, porque ninguno de éstos ha conseguido amenguar, aligerar o modificar sustancialmente los efectos de la excesiva concentración del poder en manos del Presidente de la República. Para colmo de males, nuestra última Constitución, la que se encuentra vigente desde 1980, confirió al Presidente la atribución de dictar medidas extraordinarias de carácter económico y financiero, con cargo de dar cuenta al Congreso. En los dos gobiernos sucesivos que han invocado esta prerrogativa constitucional, se ha hecho evidente que el texto de la norma ha sido útil y capaz como para modificar leyes, derogar algunos artículos del Código Civil y hasta para generar empleo temporal en favor de los descoupadados, aunque en contra de una disposición taxativa del Congreso aprobada pocas semanas antes, la Ley de Estabilidad Laboral.

La dimensión cuantitativa de la concentración del poder en el Presidente de la República no es menos impresionante: según datos estadísticos elaborados en el ILD, desde 1947 en adelante el Poder Ejecutivo o sus dependencias han dictado un promedio anual de más del 98 o/o de las normas generales y particulares dictadas por el Gobierno Central, esto es, por el Congreso y por el Ejecutivo⁵.

La dimensión cuantitativa del análisis sería obviamente insuficiente si no estuviera acompañada de constataciones en el orden cualitativo. El Poder Ejecutivo no sólo tiene "más dimensión decisoria —lo que daría cuenta de un fenómeno estrictamente observable por la vía de las cifras—, sino que tiene "mayor" capacidad decisoria, lo que se expresa en la circunstancia de que sea el Poder que emite la masa re-

gulatoria que afecta más directa y cotidianamente a los particulares y, especialmente, a los agentes económicos⁶.

Desde que se puso en práctica y se sofisticó luego el esquema de división de los poderes, todos los países, salvo algunas repúblicas atrasadas, entre ellas el Perú, diseñaron mecanismos de control y fiscalización de la gestión del Presidente o del Jefe de Gobierno, de manera de no hacer permanecer, bajo ningún motivo o pretexto, la figura institucional del "Príncipe" contra el que habían insurgido las democracias avanzadas de Occidente entre los Siglos XVII y XIX. Sin duda, los Parlamentos europeos y el norteamericano jugaron un papel no por diverso menos fundamental en definir los alcances y los límites de los gobiernos y de los Poderes Ejecutivos.

Independientemente de lo que haya podido ocurrir con el constitucionalismo peruano en términos del dilema parlamentarismo/presidencialismo, la cultura política nacional parece haber estado más cerca del segundo, y ciertamente los golpes de Estado no han sido factores ausentes en la explicación de esa tendencia. En cualquier caso, lo que parecería a todas luces por riguroso, y hasta anti-histórico, es reducir un problema delicado de diseño institucional a un aparente dilema cuyos únicos componentes sean el presidencialismo y, alternativamente, el parlamentarismo. El reduccionismo se hace visible, justamente, cuando se constata que los esquemas institucionales diseñados en las democracias avanzadas de Occidente, a efectos de impedir la pervivencia de un "Príncipe" al que querían guillotinado para siempre, fueron mucho más complejos, como que fueron más allá del solo fortalecimiento o perfeccionamiento del aparato de fiscalización exclusivamente parlamentario.

2. CARACTERÍSTICAS DEL PRESIDENCIALISMO

El presidencialismo no consiste, solamente, en la excesiva concentración del poder en manos de un alto dignatario del Estado llamado "Presidente de la República". Para intentar una definición más bien ubicada en la Ciencia Política, el presidencialismo vendría a ser un tipo específico de ejercicio de poder frecuente en las repúblicas en donde el mercantilismo⁷ ha logrado todavía sobrevivir.

Las características más importantes del presidencialismo son las siguientes: a) Es muy escaso, si no inexistente, el acceso de la sociedad civil a la informa-

5. Ello significa que en esa cuenta no han sido incluidas las normas municipales ni tampoco las emitidas por las CORDES, anticipos de las futuras normas regionales.

6. De hecho, las 27,400 normas que emite el Poder Ejecutivo como promedio anual desde 1947 no son sólo normas generales, es decir, aquellas destinadas a un número indeterminado de sujetos incluidos en el supuesto genérico de la norma. También están consideradas las resoluciones particulares o "actos administrativos", que interpretan la ley y los reglamentos y constituyen el vehículo, en los hechos, de significativas transferencias de rentas e instrumentos de redistribución mercantilista.

7. Para una definición de "mercantilismo" que incorpore elementos no sólo conceptuales sino históricos, ver: De Soto, Hernando (con la colaboración de E. Gheri y M. Ghibellini): "El otro sendero", Editorial El Barranco, Lima, 1986.

ción que controla el Estado o, de cualquier manera, sirve de base a las decisiones gubernamentales; b) Es también escaso, si no inexistente, el acceso de la sociedad al o a los procesos de toma de decisiones gubernamentales, la mayor parte de las cuales, claro está, se emite en el ámbito administrativo que directa o indirectamente se encuentra sujeto al Presidente de la República; c) Los organismos constitucionalmente dotados de las atribuciones necesarias para fiscalizar y revisar la actuación administrativa del Poder Ejecutivo no han cumplido ni podrán cumplir eficientemente, en razón de su eficiente diseño, con sus funciones.

Analicemos separadamente cada una de estas graves consecuencias que tiene todo ello en el futuro de la democracia peruana:

a) Escaso acceso a la información política:

En el contexto de los gobiernos virreinales, poco importa lo que conozca el vulgo sobre la racionalidad de las decisiones gubernamentales. Lo que importa es que todos las acaten. No deja de constituir un extraordinario valor de la democracia, en ese sentido, abrir los canales de acceso a la información que posee el Estado, que es una información que debieran tener en sus manos, en principio, todos los peruanos, para su discusión y crítica democrática. Es por eso que el libre acceso de los ciudadanos a la información pública constituye el primer paso hacia la democratización real del país.

El administrativista norteamericano Jerry Mashaw, inmediatamente antes de citar la célebre frase de Madison ("la democracia sin una opinión pública informada puede ser sólo el preludio de una tragedia o de una farsa"), sostiene que "en un Estado democrático se asume que los funcionarios sean responsables⁸ ante los ciudadanos por su actuación. Esta responsabilidad es llevada a cabo en primera instancia a través de la intervención continua de la ciudadanía en los asuntos de Estado. Sin un acceso abierto a la información en la que se basan las políticas o las acciones, la responsabilidad democrática ante el pueblo es imposible"⁹.

Como el mismo Mashaw anota, sin embargo, si el Estado democrático se orienta a la preservación de las libertades individuales y comunitarias, ello implica

que los funcionarios del Estado tienen poderes limitados y que, en consecuencia, deben existir los mecanismos que obliguen a los funcionarios a actuar exclusivamente dentro de la esfera de su competencia tal como esta última se encuentra legalmente definida. Añade Mashaw que cuando el gobierno actúa en secreto no es posible garantizar que los funcionarios hayan actuado dentro de la esfera de sus atribuciones legales y no hayan hecho uso de sus atribuciones para perjudicar a determinados particulares¹⁰. Desde el punto de vista económico, Mashaw nos recuerda que "la reducción de los costos de obtener información útil promueve la eficiencia de todos los segmentos de la sociedad en el progreso material"¹¹.

b) Escasa participación ciudadana en las decisiones gubernamentales:

Después de haberse puesto anteojeras, si no vendas negras, a través de las cuales resulta imposible ver hacia y desde afuera, el Estado monopoliza los procesos de adopción de decisiones, impidiendo la participación, en igualdad de condiciones, de los ciudadanos particulares, de los gremios organizados y de los partidos políticos. El "mercantilismo" —que no es otra cosa que el escenario de fondo de nuestro presidencialismo— es la resultante de la acción de coaliciones redistributivas¹² que han afectado sustancialmente las políticas del Estado en las últimas décadas. Las decisiones de Estado resultan expresar adecuadamente esas coaliciones redistributivas en las que juegan un papel clave los funcionarios del Estado dependientes del Presidente de la República y los "empresarios" privados muy bien acostumbrados a las mañas de un aparato estatal crecientemente redistributivo (entre los que tenían y tienen acceso al poder).

Un ejemplo bastante cercano de la filosofía mercantilista que, sin interrupción, se encuentra en la base del sistema político peruano, lo ofrece un fragmento del reciente Mensaje a la Nación del Presidente de la República del 5 de julio de 1987, en el que invitó a diversas entidades representativas del empresariado (sólo del sector privilegiado del empresariado formal, dicho sea de paso) a formular sus sugerencias sobre política tributaria. Como si otros segmentos o sectores de la sociedad civil fuesen simples convidados de piedra en la formulación de las políticas tributarias de un Estado que todos sabemos incapaz no sólo de go-

8. A efectos de lo sostenido por el autor, "responsables" en español es una traducción tal vez insuficiente de "accountable", es decir, "capaces de rendir cuentas". Es curioso advertir que los virreyes en el Perú, a diferencia de sus sucesores gobernantes republicanos, se encontraban sometidos al denominado "juicio de residencia", lo que ha dado pie a que algunos, como García de Enterría, por ejemplo, traduzcan "accountable" como "residenciables". El concepto de "accountability", por paradójico que parezca, no es tan lejano —a efectos de advertir su distancia del Derecho peruano actual— del concepto de "juicio de residencia" al que estaban sometidas las autoridades virreinales. Lo que significa que, en términos de observación de la conducta del poder, probablemente estábamos mejor en la Colonia que ahora, salvo, claro está, en que no éramos los peruanos, sino los españoles, quienes juzgaban a los gobernantes.

9. Mashaw, Jerry: "The rationale for open government", manuscrito para discusión. Lima, 17.06.86, propiedad intelectual del Instituto Libertad y Democracia (ILD), p. 1. Opúsculo no publicado.

10. Mashaw, p. 1.

11. Mashaw, pp. 1—2.

12. Las "coaliciones redistributivas" no son algo distinto que las alianzas o los acuerdos, de corto, mediano y largo plazo, a que arriban los grupos privados cuyos intereses son beneficiados por la acción redistributiva del Estado.

bernar al conjunto de la sociedad sino también de cobrar impuestos a buena parte de la población económicamente activa.

Lo propio ocurrió en el régimen anterior. La experiencia de la Comisión Nacional de los Derechos Económicos (CODE), culminó en los hechos, cuando, en una sesión del Consejo de Ministros, el entonces titular de la cartera de Industria, Comercio y Turismo sostuvo, ante la mirada aprobatoria y silente del resto de sus colegas de gabinete, que él no tenía por qué consultar un dispositivo atingente a la industria automotriz, porque, en tal caso, le bastaba reunirse con los gerentes de las cuatro o cinco ensambladoras que en ese entonces operaban en el Perú¹³.

3. ESCASA INJERENCIA DE OTRAS INSTITUCIONES DE FISCALIZACIÓN, REVISIÓN Y CONTROL

Quienes creemos que es el constitucionalismo y la sofisticación de sus instituciones los que deben ir modelando el proceso democrático del Perú sentimos, verdaderamente, las ausencias del Poder Judicial, de la Contraloría General de la República, del Tribunal de Garantías Constitucionales, del Ministerio Público y del propio Congreso en funciones institucionales que tienen una importante relación con la democracia: controlar al poder, con independencia y con limpieza.

A saber: el Poder Judicial no es, definitivamente, capaz de juzgar al Estado y éste gana sus controversias valiéndose de su propio poder; jamás le enmienda la plana al Gobierno de turno y le expresa demasiado frecuentemente generosidad y hasta sumisión; la Contraloría sirve sólo para asegurar que nadie haya robado o malversado, lo que no es suficiente porque todos queremos, además, un gobierno eficiente en el que rindan cuentas no sólo los ladrones o malversadores, sino también los ineficientes; el Tribunal de Garantías Constitucionales sirve para algo, pero para bastante poco, porque hasta el momento no ha declarado la inconstitucionalidad de una sola ley y ha casado pocos amparos y habeas corpus. El Ministerio Público jamás ha intentado la inconstitucionalidad de una ley, y su función de "Defensor del Pueblo" ha sido indebida-

mente confundida con la de defensor de la legalidad¹⁴.

El Congreso tampoco es muy consecuente con su atribución de fiscalizar al Ejecutivo. Todos sabemos que desde 1980 en adelante, se ha abusado de la atribución presidencial de dictar normas extraordinarias de carácter económico-financiero "con cargo de dar cuenta al Congreso". Todos sabemos, también, que el Congreso no ha revisado, en esos siete años, ninguno de los Decretos Supremos ilegales e inclusive inconstitucionales que fueron dictados al amparo del inciso 20) del artículo 211 de la Constitución. Esa, sin embargo, es sólo la punta del iceberg, porque también sabemos que las Comisiones Investigadoras del Congreso, en las oportunidades en que han funcionado en ambos regímenes, lo hicieron a partir de directivas políticas y sin producir resultados siquiera dignos de ser tomados en consideración.

De la capacidad que exhiban las instituciones mencionadas al jugar el papel que les han asignado la Constitución y las leyes —y más allá de las modificaciones que merezcan la primera y, sobre todo, las segundas— depende, en realidad, el futuro del Estado de Derecho, que no se alimenta de discursos, gestos ni desplantes, sino de la operación concreta —libre, consecuente y creativa— que puedan demostrar al conjunto de la sociedad civil y de las organizaciones políticas, sociales y económicas de la Nación.

Plantear una agenda que sea capaz de contener, en el curso de un lapso pequeño o largo, las reformas institucionales esbozadas en las líneas precedentes parece ser tarea algo más complicada que, inclusive, la elaboración de un Plan de Gobierno. Debe determinarse de modo preciso la naturaleza de (los) problema (s), examinarse cuidadosamente cómo lo (s) ha tratado el Derecho Peruano, revisarse la legislación comparada y sus posibilidades de adecuación a una realidad como la peruana y, finalmente, rastrear en qué medida las experiencias democráticas propias de la sociedad civil peruana, y especialmente las experiencias democráticas del empresariado popular, pueden servir también, como de hecho están sirviendo ya, para el diseño de las instituciones democráticas del gobierno abierto del futuro.

13. No sólo la declaración no rectificada de ese Ministro sino la conducta general del Gobierno del Arquitecto Belaunde —que optó por no cumplir con los dispositivos de filtro propuestos por el ILD y aprobados por el Gobierno— determinaron que el primero se negara a seguir vinculado contractualmente con el segundo. La actitud del Ministro expresaba que creía efectivamente en la "concertación", pero que ésta no debía trascender de las esferas previamente establecidas desde la cima del poder y que, entre otras consecuencias, excluían de las conversaciones a los empresarios informales, significativamente muy numerosos y eficientes en el ramo de la industria de partes para vehículos de transporte.

14. Ello ha motivado la aprobación, hasta ahora en la Comisión de Constitución del Senado, de un proyecto de reforma constitucional presentado por el Senador Enrique Bernales, que persigue que el Defensor del Pueblo sea un representante calificado del Parlamento por completo ajeno a la Fiscalía de la Nación. Todo indica que se trataría de la primera reforma constitucional a la Carta Magna aprobada en 1979.