

La Constitución y la Paz

En recuerdo y homenaje al Rector Padre Jorge Dintillac.

Alberto Ruiz-Eldredge

Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Emérito de la U.N.M. de S.M.

¿Por qué 10 años de vigencia de la Constitución no han dado lugar a un mejoramiento de la calidad de vida de los peruanos?, ¿Por qué no hay un Estado de Justicia? ¿Por qué no hay Paz?

No es responsabilidad del texto, aunque la contradicción de sus normas ha permitido el desencajenamiento de una crisis que se agudiza.

También es cierto que los factores de orden político, contrarios al proceso de cambios de 1968-75, comienzan desde 1976; es decir, antes de la vigencia Constitucional.

Sin embargo, procuraremos atenernos en el presente análisis a lo que predomine desde el punto de vista jurídico.

ESENCIA PREAMBULAR

El Preámbulo afirma una valiosa doctrina político-jurídica, que conduce a una sociedad humanista. No es otra cosa la primacía de la persona humana y de reiterar que la Familia es célula básica de la sociedad (por primera vez a la Familia se le concede un Capítulo, el Capítulo II del Título I de la Carta). Asimismo, la noción esencial que el trabajo es deber y derecho de todos los hombres y representa la base del bienestar nacional, teniendo en cuenta a la justicia como valor primario en la vida en comunidad, que se cimenta en el bien común y la solidaridad humana. A esto se agrega la decisión de crear una sociedad justa, libre y en paz, sin explotadores ni explotados; y de fundar un Estado basado en la dignidad creadora del trabajo, en la participación, la cancelación del subdesarrollo y la injusticia; en donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía.

Por el mérito de tan valiosos conceptos propone, en la Constituyente, un dispositivo que dijera: Para la interpretación de cualquier norma de la

Constitución se tendrá como fuente esencial su Preámbulo. Alguno de la mayoría (había previsto esto) se opuso, diciendo que era obvio y por consiguiente innecesario el numeral propuesto. De inmediato acepté la postura de la mayoría, pidiendo que constara en el Acta el reconocimiento expreso que se hacía respecto del valor cimental del Preámbulo. Esto es muy importante, porque hay quienes niegan al Preámbulo su calidad normativa; y, para superar a esa corriente, era precisa una manifestación de la Asamblea que aceptara que, al menos en el caso del Preámbulo de 1979, dicho documento es fuente principal de interpretación para todos y cada uno de los dispositivos del texto y, por ende, incluye lo relativo al régimen económico y al sistema de propiedad.

La trascendencia de tal interpretación es hoy en día notoria porque, sin duda alguna, el modo de aplicación de la Carta, según los regímenes de Gobierno, se ha inclinado por las normas de protección individualista, de sistema económico neo-liberal y de privatismo respecto a la propiedad y de la empresa; agudizando, en cambio, el incumplimiento de la buena doctrina del Preámbulo y el mandato imperativo del Art. 80º de la Constitución que señala, como deber primordial del Estado, "Garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado". A ojos vista, este deber primordial no se ha cumplido ni se cumple; y nuestra sociedad está lejos de ser aquella que la Carta se propone en su parte inicial y principal, con respeto a la persona humana, y de bienestar y seguridad para todas las familias peruanas.

Se la ha distorsionado convirtiéndola en una Carta individualista, cuyo peligro ya lo señalamos en la Constituyente (también en el libro "La Constitución Comentada"). En efecto, hubiera sido preferible afirmar que el carácter democrático y social

debe fundarse con la libertad y la igualdad, en la soberanía popular, en el respeto a la dignidad de la persona humana y en la activa participación del pueblo para el establecimiento de una sociedad sin explotadores ni explotados, basada en el trabajo y la propiedad social. De tal manera la dignidad de la persona humana no tiene sólo un carácter declarativo, de sujeto de respeto y protección, que es una noción pasiva; sino que se la dinamiza por la participación; complementándose con la negación de toda forma de explotación, que es lo más lesivo a la dignidad de la persona. Al separar esto (Art. 1º y Art. 80º) se ha dado pábulos a la aplicación y vigencia, en nuestra realidad, de un criterio individualista del Art. 1º; permitiendo una economía inhumana y el enriquecimiento cada vez mayor de un ínfimo grupo, con detrimento de la inmensa mayoría de familias.

HUMANISMO

Hemos sostenido y dicho, varias veces, y conviene reiterar que la cuestión toca la esencia del humanismo. Puede sostenerse, sin la menor duda, que la base esencial de la organización social reposa en el concepto sobre la persona humana; para que el sistema sirva al hombre y no esté contra el hombre. Que le permita, en resumen su máxima realización dentro de la libertad, en una sociedad a su vez libre. Este concepto está muy lejos del individualismo, que se alimenta de la lucha entre los hombres a base del egoísmo competitivo en la sociedad; y lejos está, por cierto, del transpersonalismo, del organicismo, o de la persona colectiva abstracta. Podría decirse, según los humanistas que "ser persona significa ser un fin en sí"; y agregar a tal ideal la afirmación del ser social del hombre; el "principio dialógico y presencia substancial del prójimo como única posibilidad humana de acceso al ser" ¹, que establece la pro categoría del "entre" ("un ser busca a otro ser, como este otro ser concreto, para comunicar con él en una esfera común a los dos pero que sobrepasa el cambio propio de cada uno"). En la órbita de la relación jurídica entre los hombres, podríamos tal vez resumir estas nociones afirmando que si bien la persona humana necesita y requiere de constante expansión, éste debe obtenerse y lograrse sin restar a los demás su legítima realización. El **ser más**, no debe singularizarse por la disminución de otro, como ocurre en el individualismo competitivo; ni identificarse o subsumirse en la categoría todo (de un grupo o de una estructura abstracta); pero no puede dejar de relacionarse constantemente con los otros seres, (el **ser más** y el **ser-con**), sin los cuales no puede jamás el hombre realizar su constante progreso. "Ser humano, dice Paul Valery, es sentir vagamente que hay de todos en ca-

1. Buber, Martín: *¿Qué es el hombre?*, Fondo de Cultura Económica, 1974. México.

da uno y de cada uno en todos". Y Renato Treves, sintetizando el pensamiento de los jus-filósofos Gioele Solari y Norberto Bobbio, así como las ideas de Benedetto Croce, resume con singular maestría la noción de persona como ser social diciendo ²: "Se opone por un lado a las concepciones mecánicas que resuelven la sociedad en una multiplicidad de individuos cerrados en sí mismo; y se opone por el otro, a las concepciones orgánicas que consideran la sociedad como un ser colectivo que domina y resuelve en sí mismo todas las individualidades particulares". "Frente a estas dos concepciones opuestas él intenta desarrollar, con un espíritu que podríamos calificar de socialista liberal, una concepción profundamente especulativa que capta la ampliación recíproca de la sociedad en la persona y de la persona en la sociedad, la concepción que se funda y se desarrolla sobre dos conceptos recíprocos "de la persona en actitud social" y de la "sociedad constituida de personas" ³.

Instrumento de ingeniería social, como ha llamado el jus-sociólogo Pound ⁴ al derecho, debe éste cumplir su función para innovar en la sociedad asegurando al hombre su libertad y el mayor número de decisiones en los problemas de gobierno y de administración. Un hombre libre, en la compleja sociedad actual no es aquél que apenas puede leer o sólo escuchar que en la Constitución o en las leyes, hay derecho a pensar, a escribir, a asociarse, a elegir y ser elegido. Un hombre libre, en el mundo de hoy, el hombre concreto, tal como exige la defensa de la dignidad humana, es aquél que realmente puede ejercitar tales derechos. Que puede elegir porque sabe leer o porque la realidad no le prohíbe hacerlo, con la injusta razón de haberle negado el bien de la lectura; que puede publicar sus ideas o expresarlas, sin las limitaciones del poder del dinero; un hombre, libre de la enfermedad y la miseria, que puede participar en su empresa de trabajo, sin la absorción o la explotación del egoísmo competitivo del lucro y la mera ganancia; un hombre, en fin, que por más humilde que fuere, pueda por lo menos tener alguna participación en las decisiones gubernamentales y de administración, a través de las nuevas instituciones que el nuevo Estado ofrezca, para dar participación organizada a todos en la cosa pública. Un hombre pues con cultura, sin hambruna, ni trabas, responsable; con el patrimonio de su trabajo como derecho fundamental que la sociedad le asegure. Este nuevo hombre, recuperando su haber, habrá de realizar su ser; pues aquéllos -bienes, derechos- no son sino el instrumento para que la

2. Citas de Estudio sobre Violencia y Represión: Alberto Ruiz-Eldredge. Editorial Atlántida, Lima. 1971.

3. "Benedetto Croce, Filósofo de la Libertad" por Trevis, Renato, Edit. Imás Buenos Aires, 1944, pág. 107.

4. "Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico", Prof. Roscoe Pound. Ed. Ariel Barcelona, 1950.

persona dimensione el ser de acuerdo a todas sus posibilidades (en lo cual naturalmente el cambio moral es consustancial ya que sin él no habrá modificación profunda alguna).

Esta concepción del hombre se opone radicalmente a las interpretaciones naturalistas, sobre todo aquellas que dentro de una concepción darwinista-social, suponen que es indispensable afirmar, como en la escala animal, la supervivencia de los más fuertes, convirtiendo así al hombre en el lobo del hombre (Hobbes), justificando todo belicismo ("la guerra es la madre de todas las cosas" Heráclito); ("las guerras mantienen la salud de los pueblos como los vientos y las tempestades preservan los mares de la putrefacción" (Hegel); la exaltación de la violencia que hace Nietzsche; todo ejercicio de poder brutal, político, financiero, subversivo y hasta el terror, inclusive el institucionalizado y oficial que emplea la tortura. Sin embargo, esa teoría del hombre, naturalista, organicista, traspersonalista, es en verdad el cordón umbilical que en la praxis vincula hoy a todos los que en el mundo actual son responsables de cualquier forma de abuso o absorción del poder que aliena al hombre. Por consiguiente, la primera definición clara y concreta (acorde además con los más elevados, principios de todas las religiones, en especial la cristiana que predomina en Latinoamérica; y de perfecto acuerdo con la ética no creyente, como la que afirma Einstein: "los sabios serios son los únicos hombres profundamente religiosos", "pienso tan bien de la humanidad que estoy persuadido de que este espectro -la guerra- habría desaparecido hace mucho tiempo si el buen sentido de los pueblos no fuera sistemáticamente corrompido, por medio de la escuela y de la prensa, por los intereses del mundo político y del mundo de los negocios") a que debe llegarse es pues una concepción del hombre como tal, humanista, racional; absolutamente opuesta al naturalismo irracional que justifica la agresividad del hombre al estilo animal y que se desencadena por la conquista del espacio de cada uno, al impulso de instintos, ambiciosos, apetitos.

POR UNA ECONOMIA HUMANA

En lo que atañe el sistema económico, es en donde se connota la contradicción con la esencia constitucional de sus Títulos I y II y del Preámbulo. La mayoría de la Constituyente presentó su Proyecto de Constitución, que aparece publicado en "El Peruano" del 2 de abril de 1979 (Pág. 3 y siguientes); y en dicho Proyecto se lee: "Art. 101. La iniciativa privada libre y se ejerce en una **economía de mercado**. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarla con el interés social". Como se ve la propuesta fue de una economía de mercado porque ese era el deseo, la doctrina y el afán de la mencionada mayoría. Solamente las críticas de la

oposición minoritaria lograron modificar el Art. 101 del Proyecto, a fin de que pasara a ser el Art. 115 de la Constitución actual en el cual se dice: economía social de mercado. Empero, el propósito original ha sido desarrollado por los regímenes de gobierno, a partir de 1980 a la actualidad; porque lo que hay en marcha es en verdad una economía de mercado.

También fue criticada, con evidente razón, la economía de mercado por ser diametralmente opuesta a la **ECONOMIA HUMANA** que es la que precisamente se adecúa a la doctrina del Preámbulo de la Constitución y a los Títulos I y II. Al admitir la mayoría, de mala gana, el concepto de social, (que no opera en nuestra realidad) se quiso justificarlo con el sistema económico de Alemania Federal.

No obstante, no tuvieron en cuenta que en ese país, después de la guerra que sufriera, se efectuó una redistribución de la riqueza; repartiéndose, inclusive la nueva moneda, a razón de 40 marcos por habitante y, a los 30 días, 20 marcos más, aparte de otras distribuciones para equilibrar la vida social; y que bienes y servicios pudieran ir llegando, paulatinamente, a todos, personas y familias. Uno de los postulados de ese sistema fue la Justicia Social y la eficiencia económica, según se puede leer en el texto "Economía Social de Mercado en la Experiencia Alemana" (Ed. Aconcagua, Santiago de Chile, agosto de 1978, pág. 53) de los Profesores Rolf Kasteleiner, Rainer Koehne, Willy Otten, Johannes Stemmler y Hans Winter. Estos anotan que "hay que partir y hablar de una unidad del orden general de la vida" y fulminan el ventajismo (que se dá en nuestra realidad) cuando, respecto de su sistema, consideran: "Éticamente negativo sería la existencia de privilegios en las Instituciones". Además el sistema de Alemania Federal combate el monopolio y crea un sistema de seguridad social que cubre con eficacia a todos los pobladores, así como en cuanto a la educación y al desarrollo de políticas para estabilizar precios. De dicho texto, consta también que la proclamada libertad económica, que aquí se ha venido ejercitando, por aplicación parcial de nuestra Constitución, no llega en el caso de Alemania Federal a tales extremos porque, según sus defensores, es necesaria la unión del orden de competencia "con un sistema para la protección e igualdad social". Por otro lado hay que anotar que, con todas sus previsiones, no se ha podido evitar en Alemania Federal la acumulación de riqueza en una minoría. (Por otro lado, los precios y en general los términos del comercio internacional, obedecen en el Perú a decisiones foráneas).

Por consecuencia, es indispensable recurrir a las verdaderas esencias constitucionales y ejecutar una Economía Humana al servicio del ser, y no las

personas y familias al servicio de minorías que detentan el poder económico. En una conferencia del muy ilustre Arnold J. Toynbee, en Puerto Rico ("La Economía del Hemisferio Occidental" Ed. La Torre, Universidad de Puerto Rico, 1963), marcaba la responsabilidad de las clases medias para que una política de unidad "creara una sociedad sin clases, amalgamando dos clases, en vez de eliminar una de ellas", para alcanzar el doble objetivo pacífico de la justicia social y de la productividad económica. Toynbee dijera también en aquella ocasión: "Se les permitió a los intelectuales escribir las Constituciones de las Nuevas Repúblicas en aquel lenguaje extraño; pero fueron los latifundistas quienes tomaron el poder; y cuando los intelectuales de clase media respingaban, las recientes instaladas oligarquías no vacilaban en amansarlos blandiendo el látigo de la dictadura militar" afirmando también "no es posible despojar a la oligarquía de su poder tradicional sin antes privarle de su base económica. Ello explica por qué la disolución de los latifundistas, el desmantelamiento de las haciendas, se ha convertido en una cuestión tan fundamental y tan discutida en el Capítulo moderno de la historia latinoamericana. En América Latina, la Reforma Agraria es el punto de partida ineludible para la transformación política, económica y social". Estas lecciones de Toynbee no han sido aprovechadas en estos 10 años de nuestra Constitución; a pesar de reconocerse en ella la importancia de la Reforma Agraria y el pluralismo en la propiedad y en la empresa, que comportan la autogestión, cooperativas, propiedad social. Antes bien, en estos 10 años se ha tratado de destruir la Reforma Agraria de 1969 a 1975. Se pretende restablecer latifundios por las clásicas medidas comercialistas, de mercado, de la compra-venta "libre", del préstamo y la hipoteca (que conducen al embargo y el remate) también supuestamente libres, del privilegio al sector poderoso de la economía y el desmedro y maltrato a los sectores inmensamente mayoritarios de campesinos, empresarios pequeños, medianos y artesanos.

PASADISMO Y GERONTOCRACIA

Montesquieu fue sin duda muy valioso para iluminar la Revolución Francesa y que se creara una estructura de Estado que reposara en los tres llamados poderes; y tal doctrina se apoyaba en las ideas inglesas, de los pesos, contrapesos, controles y frenos recíprocos. Esa teoría fue sin duda válida y necesaria para quitar a las monarquías su absolutismo. Empero, en realidad de verdad, el poder es uno. Son las funciones las diferentes y, precisamente, es en la Revolución Francesa donde la Asamblea distingue claramente entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial. Por eso mismo nace el Derecho Administrativo, llegándose a prohibir a los jueces citar a su Despacho a los funcionarios; aunque, casi simultáneamente, se organizó el notable sistema de

justicia contencioso-administrativo el cual tanto honor le ha hecho y le hace el Consejo de Estado de Francia.

En la propia Constitución nuestra de 1933, se dice, claramente, (en el Art. 1º), que el Poder del Estado emana del pueblo. Y en la Constitución actual, el Art. 81º reitera: El Poder del Pueblo.

Además en la doctrina puede recordarse a los Profesores argentinos Benjamin Villegas Basavilvaso, que fue Presidente de la Corte Suprema, y Miguel S. Marienhoff, Catedrático de la Universidad de la Plata, que advirtieron que el poder del Estado es único, las funciones son múltiples; sin que pueda admitirse que la atribución de funciones constituya división de poder; dado que es simple distribución de funciones, que son las que se separan. Jellinek, en su Teoría General del Estado sostiene, con razón, que: "El fundamento de la Concepción Jurídica del Estado está constituido por el reconocimiento de éste como de una unidad; de donde se sigue, como consecuencia necesaria, la doctrina de la indivisibilidad del Poder del Estado. Un poder dividido, supone el desmenuzamiento del Estado en una variedad de formaciones políticas".

Carré de Malberg sostiene, asimismo, que la potestad del Estado es una; siendo necesario partir de la unidad del poder del Estado.

En la Constituyente sostuve esta tesis; y recuerdo que, de la mayoría, el Dr. Ramírez del Villar convino en ella.

Lamentablemente la Carta, en esto, se ha quedado en el pasado, en el cual Montesquieu cumplió eficazmente para que avanzara la política y el derecho al servicio de la humanidad. Ahora el turno es de nosotros, no de otros.

Ahora bien, en la propia Carta vamos a encontrar la negación a la teoría de los tres Poderes, y, en cambio, la aceptación de hecho del criterio de la atribución, distribución y diferencia de funciones. Esto puede verse respecto del Tribunal de Garantías Constitucionales, del Ministerio Público, del Jurado Nacional de Elecciones, de los Gobiernos Locales, de las Asambleas Regionales, del Banco Central de Reserva, de la Contraloría General de la República e, inclusive, de la Superintendencia de Banca y Seguros. Crecen los órganos del poder, que es uno, por medio de una mejor distribución y división de funciones. Esto es positivo, es democrático, es un progreso hacia una sociedad humanista, con participación y control.

Por otro lado, la gerontocracia se ha convertido en la Carta en un elemento negativo para el órgano judicial. Para ser Magistrado de la Corte Su-

prema hay que ser mayor de 50 años; y el mismo requisito opera para el Fiscal de la Nación y los Miembros del Tribunal de Garantías. Esto es grave, en una sociedad de juventudes; y aunque para la Magistratura es necesaria la madurez y el reposo de la edad, es inadmisibles exagerar en ello. Ninguna Constitución anterior llegó a tal extremo; ni siquiera el Proyecto de Bartolomé Herrera, sostenedor de la aristarquía y que fue conservador, proponía más de 45 años para la Vocalía Suprema; y el Proyecto del Rector de San Marcos, Dr. Manuel Vicente Villarán, planteó 40 años. Es pues un defecto de la Carta el criterio gerontocrático que se ha tenido para el órgano judicial.

Lo anterior, unido al sistema de nombramientos, a una antigua ley orgánica, a la prepotencia del Senado que dismanteló tribunales de probos y talentosos juristas, ha erosionado la imagen del órgano judicial y menoscabado al Tribunal de Garantías. Así también, la deformación de la Acción de Amparo; que ha devenido en instrumento de mayor defensa de los privilegios del Poder del dinero, desnaturalizando su esencia que es de cautela de los Derechos Humanos y de las Garantías de la persona.

Otras reflexiones serían convenientes en lo que atañe al sistema, también obsoleto, bicameral, cuando existe ya la facultad presidencial de observar las leyes, la acción de inconstitucionalidad de una ley, la tecnificación -aunque todavía no lograda- del Parlamento. Bastaría, pues, con una Asamblea sin incurrir tampoco en exceso en el número de sus Miembros. La Constituyente de 1978-1979 tuvo 100 componentes; y éramos bastantes.

Así también, sobre la acumulación de poder (central y limense) en Presidente-Senado-Banco de Reserva.

Empero, pasemos a lo positivo.

Mar Territorial de Grau de 200 Millas

Aunque los partidarios de la Convención del Mar de 1982 no quieran reconocerlo, lo cierto es que:

- I. La Carta norma sobre el Territorio, en el Capítulo III del Título II; y dentro del territorio está el dominio marítimo y el espacio aéreo, que se extienden hasta las 200 Millas. Esto es terminante; sin que se pueda admitir la diferencia que hacen los señores Zonistas entre el espacio con soberanía cabal y el Mar con soberanía menos plena.
- II. La Asamblea Constituyente declaró, por una-

nimidad, el 10 de Agosto de 1978, Mar Territorial de las 200 Millas. Esta expresión tiene un carácter metajurídico, del más alto nivel político porque involucra a todo el pueblo. Inclusive, el partido que no estuvo directamente representado en la Asamblea, dijo en su Programa de 1980 y en su Congreso de 1982 que defendería el Mar Territorial de 200 Millas.

No me extiendo más al respecto porque en mis libros, "El Nuevo Derecho del Mar" de 1973 y "El Perú y el Mar" de 1988, se ha analizado el Derecho del Mar en sus orígenes, y el nuevo derecho del Mar; se ha comentado, en todo su articulado la Convención de 1982 y el censo nacional contra dicha Convención (Consensus Facit Legem) de instituciones y personalidades; incluyéndose la propuesta de una Convención Sudamericana que, además de cautelar los intereses comunes en el Mar, sea un nuevo elemento de integración.

DERECHOS HUMANOS

En esto la Constitución de 1979 tiene su mayor mérito porque, norma, por la ley fundamental, el respeto a los Derechos Humanos, como consta y se desprende del Título I, con sus 8 capítulos y 78 artículos.

Además, el Art. 80º manda que el Estado garantice la plena vigencia de los Derechos Humanos; y el Principio de Autodeterminación está en los conceptos de los Arts. 79 a 88 del Capítulo I del Título II. Los Pactos de Garantía de los Derechos Humanos, de 1966, comienzan (Art. 1º de cada uno) con la afirmación de la Autodeterminación.

Es interesante señalar la parte final del Art. 110, que atañe a la dignificación del trabajo como medio de la realización de la persona humana. Hicimos en la Asamblea hincapié en esto, porque el trabajo no sólo es un instituto económico o simplemente laboral, dado que compromete el destino de la persona, de la familia y de la sociedad. Por esto está reglado como Derecho-Deber. Debe recordarse que cuando el Estado Peruano, en la etapa Inca, se cimentaba en el trabajo, en la propiedad social y en los refranes ético-jurídicos que cita Basadre, las garantías de la ocupación y de atender a las necesidades primarias fueron satisfechas. No se trata de endiosar el pasado; empero, es menester no olvidar los mensajes positivos de dicha etapa histórica.

En la Disposición General Décimo Sexta fueron ratificados el Pacto de Garantía de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo, de 1966; e, igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

Finalmente, el Art. 305 de la Constitución permite que, agotada la jurisdicción interna, se pueda ocurrir a los Tribunales u Organismos Internacionales.

Todo esto es muy positivo; un claro progreso en los instrumentos de garantía para la persona.

Hubiera sido muy conveniente introducir institutos de democracia directa como el Referéndum,

Plebiscito, Iniciativa Popular y la Revocatoria de Poder, que algunos propusimos sin tener acogida en el Plenario.

Confiemos en que la sabiduría popular y la responsabilidad de las dirigencias hagan cumplir la Constitución en sus partes positivas; y se rectifique y modifique, democráticamente, lo que impide crear una sociedad justa, libre, culta, sin explotadores ni explotados. Es decir, una sociedad en Paz.