

Derecho y legitimidad en el constitucionalismo peruano (en torno al problema de la propiedad privada)

Carlos Torres y Torres Lara

I. DERECHO Y LEGITIMIDAD

SI BIEN LA PALABRA legítimo en la lengua española significa "conforme a las leyes", también tiene otra acepción más profunda que significa "cierto, genuino y verdadero". Lo genuino es lo "puro, propio y natural" y esto es lo que se hace "conforme a la calidad y propiedad de las cosas" (1). En consecuencia habría dos acepciones aplicables a la expresión de "legítimo": la primera para expresar lo que está conforme a las leyes y la segunda para indicar lo que está conforme a la calidad o naturaleza de las cosas (2).

Ahora bien, hay otra expresión que sirve también apropiadamente para expresar la "conformidad con las leyes" y ella es la "legalidad", que viene a ser la "calidad legal" y esto "lo prescrito por la ley". De modo que, en nuestra opinión, lo preciso será utilizar la expresión "legalidad" para significar lo que está de acuerdo con las leyes y "legitimidad" lo que está de acuerdo con la naturaleza de las cosas.

Dentro de tal enfoque, trataremos ahora de analizar la "legitimidad" o no de la "propiedad" dentro del constitucionalismo peruano. Conside-

(1) Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, 1984.

(2) Por cierto hay que desechas otras como "lo verdadero o cierto", ya que en el mundo de las normas éstas no son ni verdaderas ni falsas sino conductuales.

ramos importante el análisis que se haga de este punto, pues la simple legalidad no permite explicar la relación entre un sistema jurídico vigente y su adecuada aplicación a un medio social determinado.

En efecto, si analizamos el problema de la legalidad de una institución jurídica bastará relacionar, por lógica, la norma específica con la superior, por ejemplo, con la norma constitucional que es de mayor jerarquía. Así, podremos decir que una ley sobre la propiedad intelectual está dentro del ámbito de la legalidad porque ella está dentro y no fuera de la norma constitucional que garantiza la propiedad intelectual. Pero, ¿en qué se sustenta, a su vez, la norma constitucional? Esta pregunta responde a la inquietud de la legitimidad.

La legitimidad ha sido entendida en muy diversas formas durante la historia de la humanidad. Al principio, y durante un largo período, la legitimidad ha estado vinculada con el mandato divino. Es decir, lo legítimo era lo que Dios quería y lo que éste quería estaba expresado en las tradiciones, los Libros Sagrados o la palabra del conductor, jefe, rey o líder de un pueblo. Progresivamente, la fuerza de la legitimidad fue trasladándose al propio conductor, ya que la legitimidad de sus actos, a su vez, se retransmitía a Dios mismo.

En nuestros tiempos, la legitimidad se entiende de otras diversas maneras. Para unos, lo legítimo es lo que conviene o interesa a las mayorías, o lo que interesa a una clase determinada, o el resultado mayoritario de una votación. Son criterios generalmente aceptados en los sistemas populistas, de dictadura de clases, o en las democracias formales del parlamentarismo occidental. Sin embargo, no cabe ninguna duda, y así lo enseña la historia, de que ninguno de tales sistemas permite asegurar la justicia que es el principal objetivo del Derecho (3).

Por eso, la reiterada presencia histórica de la pregunta sobre cuál es el fundamento último del Derecho obliga a referirnos a la legitimidad como un concepto que permita ser fundante tanto para quienes tienen una concepción teísta como para quienes no la tengan.

Tal concepto fundante aparece con naturalidad en la ideología de

(3) Los crímenes de la Revolución Francesa, en la época del Terror, los ahora difundidos crímenes del Stalinismo en la U.R.S.S., así como la experiencia del Fascismo, son la mejor demostración de que la justicia no puede fundarse sólo en tales tipos de consideraciones. Para llegar a la justicia es preciso conseguir la legitimidad.

nuestros tiempos, y puede ser identificado como la racionalidad de las normas y en su aplicación, el logro del consenso de la comunidad correspondiente, en el sentido de que las normas deben ser "NATURALES" y "APROPIADAS". La racionalidad de la norma se logra con el conocimiento de los hechos que se pretende encausar y el consenso se observa como instrumento probatorio de la racionalidad y de lo apropiado de una norma. *En esencia, pues, habría legitimidad cuando una norma es establecida racionalmente de acuerdo a la naturaleza de las cosas y que pasa por el examen del consenso aprobatorio de la propia comunidad.*

Así, la norma legítima es cumplida no sólo por razones de coerción sino como expresión de afirmación de la propia personalidad de un pueblo. Este Derecho, así concebido, deja de ser un instrumento de opresión para transformarse en un instrumento de liberación de los valores y potencialidades de un pueblo.

Una norma es legítima, pues, cuando responde a la naturaleza misma de lo que se regula y cuando la propia población mediante el consenso la vitaliza o "promulga" en la realidad. Ella es la única que puede permitir a un pueblo su propio desarrollo, libre de imposiciones externas, de grupos "iluminados", de intereses parciales o de mayorías efímeras. El Derecho así, la ley específicamente, deja de ser sólo un instrumento de opresión y coerción para adquirir un nuevo plano valorativo, ser la garantía de la expresión libre de un pueblo durante su proceso histórico y, en consecuencia, un instrumento de liberación, pasándose así de un Derecho opresor a un Derecho de liberación o al Derecho como Libertad (4).

II. ORIGENES DEL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

Advertido el sentido de la legitimidad que estamos usando, pasamos ahora a determinar la legitimidad del constitucionalismo en el Perú y, en particular, de la propiedad.

El Constitucionalismo peruano se inicia antes de la declaración de la independencia republicana en 1821. Durante la monarquía española y la dependencia del Perú a esa Corona, se promulgó (y juró su cumplimiento) la Constitución de Cádiz de 1812.

(4) "El Derecho como Libertad". Carlos Fernández Sessarego sostiene este punto de vista desde su tesis escrita en 1950.

Según el Prof. Juan Vicente Ugarte del Pino, ésta fue en realidad la primera Constitución peruana, pues ella fue elaborada con participación de diputados elegidos por el Perú, fue jurado su cumplimiento y puesta en práctica mediante elecciones municipales (5).

La referida Constitución estableció que "La Nación Española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios" (art. 1). Que "La Nación española es libre e independiente y no puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona" (art. 2); y que "La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, LA PROPIEDAD, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen" (art. 3).

Luego, en 1822, en las Bases de la Constitución Política de la República Peruana, establecidas luego de la declaración de la Independencia, el art. 9 señaló que la Constitución debe proteger: inc. 4) "La inviolabilidad de las propiedades". En 1823, al promulgarse la que fuera en realidad la primera Constitución republicana, el art. 193 estableció como garantía constitucional (inc. 3) "La propiedad"; pero, además, precisó, en el art. 17, que para ser ciudadano era necesario (inc. 4) "Tener una propiedad, o ejercer cualquier profesión o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero".

La Constitución de 1826 elimina la condición de jornalero para excluir de la ciudadanía, pero mantiene la exclusión para quienes sean sirvientes. A su vez, el art. 142 establece como garantía la propiedad de los ciudadanos (6). Desde la Constitución de 1828 hasta la vigente de 1979 hay una constante: se declara que "la propiedad es inviolable".

(5) Con el ingreso de Napoleón a la Península Ibérica, sólo Cádiz quedó en manos de quienes sostenían su fidelidad al Rey. Ellos dictaron la Constitución de 1812 bajo la presidencia del peruano Morales Duárez. La Constitución se juró en el Perú y se promulgó en Lima "con todas las formalidades de la época, incluso haberse efectuado elecciones municipales y nombramiento de autoridades conforme a ella". (Juan Vicente Ugarte del Pino, *Historia de las Constituciones*, pág. 31).

(6) Sucesivamente garantizan la propiedad todas las demás Constituciones hasta la de 1979: Constitución de 1828 art. 165, señala el texto que luego será repetido: "Es inviolable el derecho de propiedad"; año 1834 —art. 161— igual texto; año 1839 —art. 167 igual texto; 1856 —art. 25— igual texto; 1860 —art. 26— igual texto; 1867 —*idem*; 1920 —art. 36 "La propiedad es inviolable", pero se "hallan sometidos a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas (las leyes) establezcan; 1933 —reiteró el concepto de la inviolabilidad, art. 29.

III. LA REALIDAD SOCIAL DEL PERU AL INICIARSE LA REPUBLICA

Cuando se promulgan los primeros textos constitucionales, el Perú era un país con una población fundamentalmente indígena, carente de propiedades, frente a un grupo racial blanco procedente de antepasados españoles. El grupo mestizo era igualmente aún muy pequeño.

Económicamente, los propietarios eran sólo el grupo de raza blanca y, muy limitadamente, el mestizo que surgía como nuevo grupo racial. Dentro de una sociedad de tal tipo, la concepción propietarista del régimen constitucional inicial tenía como consecuencia: a) Que la gran masa campesina e indígena no fuera ciudadana, pues no era propietaria, b) Que la garantía fundamental que protegía la nueva República sólo era efectiva para un grupo social muy reducido; careciendo de este derecho realmente la mayoría de la población; que si, bien, tenía la posibilidad potencial de llegar a ser propietaria ello era muy difícil.

Si, bien, el Perú se inicia como República reconociendo a los propietarios como ciudadanos y excluyendo de tal condición a los jornaleros, muy pronto las fuerzas humanistas van modificando esta concepción y relativizando los principios absolutos de la propiedad como instrumento de medición de las relaciones en la sociedad. Hoy, por ejemplo, si bien la Constitución del año 1979 declara que la "propiedad es inviolable" (art. 125), se precisa antes, en el art. 124, que "La propiedad OBLIGA a usar los bienes en armonía con el interés social"; y algo más importante aún, cuando se precisa, en el art. 42, que "El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social . . ." Particularmente, esta última parte indica el gran cambio operado al pasarse de una sociedad donde la propiedad es el núcleo de los derechos a otra donde el trabajo aparece como valor fundamental. . .

Lo dicho permite advertir el largo, progresivo y difícil camino hacia la humanización del derecho y que la construcción de una sociedad es producto del esfuerzo de innumerables generaciones, testigos de la lucha entre los intereses materiales y los ideales de un pueblo en formación.

Sin embargo, resulta evidente, al hablar de legitimidad, que las disposiciones constitucionales vinculadas al problema de la propiedad tenían muy poco o nada de legítimas en el inicio de la República. Servían en gran medida para afirmar el poder de la clase propietaria y deprimir la capacidad de lucha social en los sectores campesinos e indígenas.

No obstante que la independencia fue ganada por la sangre de blancos, mestizos e indios, a estos últimos poco les correspondió el resultado. Los propietarios, procedentes fundamentalmente del primer grupo, ordenaron la nueva sociedad no sólo conforme a sus intereses, lo que hubiese sido comprensible, sino, lo más grave aún, ignorando los intereses de las grandes mayorías indígenas y pretendiendo ver el interés general dentro de su exclusiva perspectiva. Lo que era bueno para el grupo social dominante parecía serlo para todos. El problema de los más necesitados sólo se explicaba por la carencia de educación o incluso por el origen de raza.

Esta situación implicaría que la legislación que se dictó durante la mayor parte de la República se encasilló en la problemática jurídica de un sector muy limitado de la población que era la que, a su vez, producía las normas legales a través de los políticos vinculados a ella.

Oscar Miró Quesada de la Guerra (1884—1981), en una Tesis para optar el grado de Doctor, ya en 1911, decía . . . "nuestro derecho nacional" sólo lo es "en el nombre pero artificioso y extranjero en substancia" . . . "su falta de fincamiento en el alma nacional de nuestra patria y su poco arraigo y escasa penetración de las costumbres de nuestra masa ciudadana del pueblo" se ha formado por modo "aferente". Este hecho artificial —decía— roba al derecho su capacidad de eficacia; en vez de actuar como elementos unificadores de las mentes individuales, las dejan reducidas al único oficio de disciplinar por el imperio rudo y objetivo de la coacción".

El problema fundamental, decía Miró Quesada, es que al Derecho nacional "le falta haber sido elaborado por el pueblo para ser un derecho verdaderamente nacional" . . . "Nuestro derecho no refleja nuestra alma nacional; ese es su defecto y ese defecto es el que debemos tratar de corregir".

Cuando leemos lo que nos decía Miró Quesada hace cerca de 80 años, podemos comprender el porqué de la violencia enquistada hoy en nuestro pueblo y el porqué más del 50 o/o de la actividad económica del Perú es informal y está fuera del orden jurídico establecido: "El derecho es siempre (o debe ser) una creación de la comunidad, es un producto colectivo sociogénico. Esta es la conclusión más importante, pues demuestra que sólo el derecho endógeno, formado aferentemente, centrífugamente, de adentro afuera, por germinación espontánea del medio social en que surge, tiene las condiciones vitales necesarias para ser un derecho perdurable y eficaz como regulador de la actividad humana y como causa

del progreso moral y mental de los asociados. La consecuencia de lo anterior se manifiesta: todo derecho exógeno aferente, centripetamente formado, adolece de un defecto genérico que vicia su normal funcionamiento social" (7).

Modernos trabajos han confirmado esta tesis para toda América Hispana (8). Para el caso peruano actual son categóricos los trabajos de Pásara y Jürgen Brandt (9).

IV. LA TRIDIMENSIONALIDAD DEL DERECHO Y LA LEGITIMIDAD

Hemos visto cómo es legítima sólo la norma que es apropiada a la naturaleza de lo que se regula. Hemos visto también cómo en el constitucionalismo peruano y, en general, en la legislación del Perú ciertas instituciones como la propiedad fueron importadas y superpuestas en la población indígena fuera de su tiempo y espacio como consecuencia de la colonización española. El resultado fue, y aún sigue siendo, el divorcio entre la norma jurídica y la mayor parte de la población peruana. Las normas dictadas durante el largo proceso de formación de la República, aún no concluido, fueron si bien legales en parte ilegítimas desde el punto de vista de que tales normas no resultaban naturales, o aplicables en forma natural, pues si bien lo podían ser para el corto número de criollos que trataban de consolidar la República en sus primeros años, lo cierto es que las normas eran y aún siguen estando muy alejadas de los problemas de la gran masa poblacional. El resultado, tal como era de preverse, ha sido la desintegración social, la violencia y la informalidad.

Independientemente de los intereses en juego, dejándolos de lado por un momento, resulta también interesante analizar el fenómeno a la luz de la teoría de la tridimensionalidad del Derecho (10). En efecto, si

(7) La nacionalización del derecho y la extensión universitaria, en *Ius et Praxis*, No. 5, 1985, pág. 125 y sigs.

(8) Desajustes entre Norma y realidad, Pedrals y otros, Jornadas Académicas, Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso.

(9) Pásara, Luis: Jueces, justicia y poder. Hans - Jürgen Brandt: Justicia Popular y conflictos principales en la Justicia de Paz y su tramitación. En: "Justicia de Paz y el Pueblo".

(10) Sobre la teoría tridimensional, puede consultarse a Miguel Reale: Teoría Tridimensional del Derecho. En el Perú, dentro de la misma corriente, a Carlos Fernández Sessarego: "El derecho como libertad".

el Derecho es norma, conducta y valores, debe advertirse que la legitimidad no sólo está relacionada, como generalmente se opina, con los valores, sino también como lo demuestra el caso peruano con la conducta: el hecho social. En efecto, el fenómeno peruano nos muestra soluciones normativas formales avanzadas y valores superiores inspirados en la Revolución Francesa como la libertad, la igualdad y la fraternidad. No obstante ello, en Europa la libertad estaba unida íntimamente al problema de la propiedad, pues ésta representaba el mundo propio donde el individuo conseguía un refugio frente a los excesos del poder regio. La propiedad así era la coraza que garantizaba el desarrollo de la personalidad, la individualidad y la propia libertad. En tanto que en los países colonizados la propiedad sólo era detentada por un grupo muy reducido. La mayoría de la población desconocía, incluso, el concepto de la propiedad individual, ya que lo que estuvo generalizado en la población indígena fue la inexistencia de la propiedad. La tierra era explotada en forma rotativa en topos que se distribuían en todo el territorio en función de la capacidad de trabajo y producción. Nadie podía, pues era innecesario, transferir un topo de tierra. La defensa de la persona estaba en la comunidad, en el trabajo grupal y en las costumbres ancestrales. Hasta hoy, grandes porciones de población aún viven bajo un régimen que los medios occidentalizados conocemos o llamamos "propiedad comunal"; pues seguimos tratando de poner nombre a las cosas según nuestras ideas. Aquello no es propiedad, pues por de pronto es intransferible, condición fundamental de la propiedad. Tampoco es arrendamiento o concesión por ser permanente y no temporal.

Lo que para los criollos podía constituir la afirmación de los valores humanos de la libertad y la igualdad: *la propiedad*, eso mismo era para la mayoría de la población, la causa de su exclusión de la ciudadanía y de su participación en la vida nacional. Así, el Derecho Constitucional y, en general, el derecho nacional se inició siendo legal; pero en gran medida ilegítimo por no responder al plano conductual de la comunidad.

V. EL LARGO CAMINO DE LA FUSION CULTURAL

Si, bien, el inicio fue ilegítimo en gran parte, el proceso histórico ha ido "nacionalizando" el derecho peruano, humanizándolo y tratando de encontrar su identidad nacional, es decir, ha ido legitimándose.

Este es un largo proceso histórico que permite advertir que la República no se forma en 1821 sino que ahí inició su formación y aún hoy está lejos de concluir el proceso.

La legitimación en materia de propiedad pasa por lograr una fusión de las diversas concepciones de los bienes, sin eliminar ni desconocer las profundas y arraigadas visiones de las dos corrientes fundamentales en la formación de nuestra nacionalidad. La concepción privatista, aportada por el derecho napoleónico, moderada por las exigencias de la vida moderna, y la concepción colectivista grupalista de la población aborígen, en materia de vinculación de los hombres con la tierra particularmente, actualizada en lo posible por la modernización de la administración grupal contemporánea (11).

La auténtica fusión de las dos grandes culturas y su mestizaje pasa, en consecuencia, por el mestizaje de las instituciones jurídicas y, en particular, por los mecanismos de creación y de generación de sus fuentes. De esa forma, el Derecho peruano será más natural, es decir, más legítimo.

(11) Para entender el importante papel que puede jugar la doctrina jurídica en la plasticidad de la norma o en la sustitución de un modelo jurídico, puede consultarse "*Vida y muerte de los modelos jurídicos*" de Miguel Reale, *Ius et Praxis*, No. 9, 1987.

BIBLIOGRAFIA

- Fernández Sessarego, Carlos. *El Derecho como Libertad*. Librería Studium, Lima, 1987.
- Jürgen Brandt, Hans. *Justicia Popular*. Centro de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia. Lima, 1986.
- Jürgen Brandt, Hans. *Conflictos principales en la Justicia de Paz*. Centro de Investigaciones de la Corte Suprema. "La Justicia de Paz y el Pueblo". Lima, 1987.
- Miró Quesada de la Guerra, Oscar. *La Nacionalización del derecho y la extensión universitaria*. Ius et Praxis. Julio, 1985, No. 5, Lima.
- Pásara, Luis. *Jueces, justicia y poder en el Perú*. CEDYS, Lima, 1982.
- Pedraza, Antonio y otros. *Desajustes entre norma y realidad*. Jornada Académica, Edeval, Valparaíso, 1986.
- Reale, Miguel. *Teoría Tridimensional del Derecho*. Edeval, Valparaíso, 1978.
- Reale, Miguel. *Vida y muerte de los modelos jurídicos*. Ius et Praxis, No. 9, Lima, 1987.
- Ugarte del Pino, Juan Vicente. *Historia de las Constituciones del Perú*. Ed. Andina, Lima, 1978.
- Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Edición Vigésima, Madrid, 1984.