



Marcial Rubio Correa
ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993



Marcial Rubio Correa

**ESTUDIO
 DE LA
 CONSTITUCIÓN
 POLÍTICA
 DE 1993**

Tomó 2



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ



FONDO EDITORIAL 1999

Esta obra contiene un análisis detallado de cada artículo de la Constitución Política de 1993.

El autor ha trabajado tanto sobre los aspectos conceptuales, como sobre la aplicación práctica de cada disposición. Para ello, ha recurrido a los siguientes elementos de trabajo:

- Los antecedentes de cada norma, existentes en las constituciones peruanas desde 1823 hasta 1979.
- La doctrina jurídica constitucional aplicable.
- La concordancia con disposiciones legislativas peruanas vigentes.
- La concordancia con tratados internacionales.
- La forma en que las normas han sido aplicadas por el Tribunal de Garantías Constitucionales y por el Tribunal Constitucional, citando las resoluciones respectivas.

En la parte inicial de la obra, el autor plantea la problemática metodológica del estudio de la Constitución y, en la parte final, hace propuestas de modificación que en muchos casos generarán polémica.

Es una obra que tiene utilidad para los universitarios, para los profesionales del Derecho que deben argumentar constitucionalmente, y para el ciudadano que desea información y crítica a profundidad sobre la Constitución peruana vigente.

DE PROXIMA APARICION

PIERRE DUVIOLS (Editor)
Cultura andina y represión

MANUEL DE LA FLOR MATOS
El fideicomiso, modalidades y tratamiento legislativo en el Perú

PINKAS FLINT BLANCK
Grupos de poder en las industrias harinera y oleaginosa. (Biblioteca de Derecho Político, Vol. V)

GORKI GONZALES MANTILLA
Pluralidad cultural, conflicto armado y Derecho en el Perú. (Biblioteca de Derecho Político, Vol. II)

ELVIRA MENDEZ CHANG
El control parlamentario de las atribuciones del Presidente en la celebración de convenios internacionales (Biblioteca de Derecho Político, Vol. VI)

GUILLERMO LOHMANN VILLENA
Las minas de Huancavelica en los siglos XVI y XVII

PAUL RIZO-PATRON
Familia, matrimonio y dote en la nobleza de Lima

FONDO EDITORIAL
Av. Universitaria, cuadra 18,
San Miguel.
Apartado 1761. Lima, Perú
Telfs.: 460-0872 y 460-2291
460-2870 Anexos 220 y 356

ESTUDIO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1993

MARCIAL RUBIO CORREA

**ESTUDIO DE LA CONSTITUCION
POLITICA DE 1993**

TOMO II



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 1999**

Primera edición: febrero de 1999

Cubierta: AVA Diseños

Cuidado de la edición: Miguel Angel Rodríguez Rea

Estudio de la Constitución política de 1993. Tomo II

Copyright © por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel. Lima, Perú. Tlfs. 460-0872 y 460-2291 - 460-2870 Anexo 220 y 356.

Derechos reservados

ISBN 9972-42-122-8 (Colección)

ISBN 9972-42-123-6 (Tomo II)

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso de los editores.

Impreso en el Perú - Printed in Peru

INDICE

38.	TITULO I, CAPITULO II: DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS	9
39.	Artículo 4	14
	39.1 Protección del niño y del adolescente	17
	39.2 Protección a la madre	38
	39.3 La protección del anciano	39
	39.4 La protección a la familia	41
	39.5 Promoción y reconocimiento del matrimonio	51
40.	Artículo 5	52
41.	Artículo 6	56
	41.1 La Política Nacional de Población	58
	41.2 Los deberes entre padres e hijos	79
	41.3 La igualdad de derechos de los hijos	80
42.	Artículo 7	82
43.	Artículo 8	92
	43.1 El tráfico ilícito de drogas	93
	43.2 Regulación del uso de los tóxicos sociales	98
44.	Artículo 9	100
45.	Artículo 10	104
46.	Artículo 11	110
47.	Artículo 12	117
48.	Artículo 13	119
49.	Artículo 14	131
50.	Artículo 15	142
51.	Artículo 16	148
52.	Artículo 17	155
53.	Artículo 18	169

54.	Artículo 19	185
55.	Artículo 20	189
56.	Artículo 21	194
57.	Artículo 22	199
58.	Artículo 23	205
59.	Artículo 24	213
60.	Artículo 25	222
61.	Artículo 26	230
62.	Artículo 26 inciso 1	232
63.	Artículo 26 inciso 2	243
64.	Artículo 26 inciso 3	246
65.	Artículo 27	252
66.	Artículo 28	259
	66.1. La libertad sindical	267
	66.2 El derecho a la negociación colectiva	276
	66.3. El derecho de huelga	284
67.	Artículo 29	289
68.	TITULO I, CAPITULO III: DERECHOS POLITICOS Y DEBERES	293
69.	Artículo 30	297
70.	Artículo 31	308
	70.1. El concepto de participación ciudadana	315
	70.2. El referéndum	322
	70.3. La remoción de autoridades	330
	70.4. La revocación de autoridades	331
	70.5. La demanda de rendición de cuentas	334
	70.6. El derecho de elegir y ser elegido	336
71.	Artículo 32	338
72.	Artículo 33	350
73.	Artículo 34	356
74.	Artículo 35	361
75.	Artículo 36	372
76.	Artículo 37	393
77.	Artículo 38	404
78.	TITULO I, CAPITULO IV: DE LA FUNCION PUBLICA	411
79.	Artículo 39	412
80.	Artículo 40	416
81.	Artículo 41	426
82.	Artículo 42	433

TITULO I

CAPITULO II

DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS

38. TITULO I, CAPITULO II: DERECHOS SOCIALES Y ECONOMICOS

Los derechos sociales y económicos son reglas que en esta materia dicta el Estado para asegurar ciertas condiciones de relación de los seres humanos de una sociedad entre sí, y prestaciones que el Estado regula y en algunos casos debe prestar directamente a las personas, generalmente cuando están en incapacidad de proveer para ellas por sí mismas. Los ámbitos privilegiados de los derechos sociales y económicos son: las relaciones laborales, la seguridad social, la salud, la educación, la atención a los desvalidos y, en general, la preocupación por las necesidades básicas de cada uno de quienes viven en la sociedad.

A veces, los derechos sociales y económicos son reglas: por ejemplo las de equiparación de los géneros humanos; las de control de la discriminación social; las normas que contienen derechos laborales mínimos e irrenunciables. Estas reglas deben ser de cumplimiento obligatorio. Quien va contra ellas deberá enfrentarse al Estado y su poder coactivo.

A veces son prestaciones brindadas bien por el Estado, bien por otras instituciones de naturaleza privada, bien por ambos. Tales los casos de hospitales, hospicios, atención a infantes desvalidos, etc. Estas prestaciones tienen un costo que debe ser sufragado bien por el erario, bien por la cotización de quienes pueden hacerlo dentro de la sociedad.

Los derechos sociales y económicos son los llamados *de segunda*

generación porque no formaron originalmente parte de la lista de derechos que los liberales buscaban proteger. Antes bien, fueron obtenidos una vez ya instauradas las Constituciones en el mundo. Probablemente, su reconocimiento jurídico (no constitucional) se inicia en los países más desarrollados de Europa, particularmente Inglaterra, hacia el final de la primera mitad del siglo XIX. El desarrollo del capitalismo impuso condiciones de vida extremadamente duras a las mayorías, privadas de los derechos que antaño tenían en el sistema feudal, y sin la posibilidad de encontrar un trabajo asalariado que les permita subsistir adecuadamente.

La ley de la oferta y la demanda rigió las relaciones laborales capitalistas iniciales con un enorme exceso de oferta de mano de obra, producto de la migración masiva del campo a la ciudad que produjo la venta de tierras de cultivo. Las jornadas de trabajo eran agotadoras, no existían los descansos sino para dormir, y los salarios eran irrisorios. Esto generó revueltas y organización de los perjudicados. Las luchas sociales que pueden encontrarse a todo lo largo del siglo XIX en Europa y también en América son expresión de este conflicto.

Los gobiernos debieron, así, atemperar la inhumanidad de las relaciones sociales y económicas, estableciendo progresivamente derechos jurídicamente exigibles en este ámbito. Así aparecieron las primeras reglas laborales (reducción progresiva de la jornada de trabajo de dieciséis a catorce horas y luego, casi de una en una, para llegar a las ocho horas diarias. En el Perú esta jornada se obtuvo al final de la segunda década del siglo XX).

El paso de los derechos económicos y sociales al constitucionalismo ocurrió a partir de dos textos clásicos en la materia: la Constitución mexicana de Querétaro, aprobada en 1917, y la alemana de Weimar, aprobada en 1919. Ya nuestra Constitución peruana de 1920 tenía elementos de derechos sociales. La de 1933 puede ser considerada como una Constitución plenamente incorporada en el concepto de los derechos económicos y sociales. La de 1979 llevó su tratamiento al máximo nivel que se haya alcanzado por normas internas en el Perú.

Adicionalmente, existen en el contexto internacional varias convenciones de distinta naturaleza que recogen derechos económicos y sociales de diverso tipo. En el Perú tienen reconocimiento tanto por el artículo 3

de la Constitución, ya analizado anteriormente, como por efecto de la aplicación de la cuarta disposición final de la Constitución, que da a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú, valor hermenéutico para la interpretación de los derechos y las libertades de la Constitución.

Como hemos dicho en la introducción al título de la Constitución que ahora tratamos, la suma del artículo 3 y de la cuarta disposición final de la Carta, hace que los convenios y tratados internacionales de los que el Perú es signatario, formen parte de nuestro Derecho y que sean por tanto exigibles de igual manera que los que están textualmente establecidos en la Constitución.

Los derechos económicos y sociales, tanto en su reconocimiento como en su cumplimiento cotidiano son, por lo dicho, tremendamente sensibles a la situación financiera y económica tanto de la sociedad como del Estado, y a las corrientes ideológicas predominantes en la vida política. La diferente cobertura de estos derechos entre la Constitución de 1979 y la de 1993 es explicable, en buena medida, porque las concepciones predominantes en el órgano constituyente cambiaron de un período al otro, desde una posición de carácter social y solidario, hacia una concepción neoliberal que tiene otros parámetros de pensamiento.

Por ello mismo, al tratar de los derechos sociales hay que tener en cuenta la undécima disposición final que establece: "*Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente*".

El capítulo de derechos sociales y económicos de la Constitución de 1979 es uno de los que ha recibido mayores cambios en dos sentidos:

- La Constitución de 1979 tenía un concepto de *Estado de bienestar* en tanto que la de 1993 lo tiene como de un *Estado policía* que eventualmente presta ciertos servicios, normalmente los considerados como deberes por las ideas liberales, recogidas por los neoliberales contemporáneos. Aquí se incluyen fundamentalmente la educación, la salud y ciertos servicios mínimos de seguridad.

Consustancial a la idea del Estado neoliberal es el que se ocupe de

regular y de supervigilar el cumplimiento de las normas. De esto sí se encuentran muchos detalles en la Constitución de 1993.

- El otro cambio significativo es la reducción de los derechos consagrados en la Constitución de 1979, en especial aquellos que tenían un costo para el Estado. Es, como se ve, también correspondiente al espíritu neoliberal de la Carta.

Los cambios principales que pueden apreciarse entre 1979 y 1993, considerando con detalle los principales derechos económicos y sociales, son en nuestro criterio los siguientes:

- La Constitución de 1979 hablaba de paternidad responsable en tanto que la de 1993 propugna una política de población. La diferencia es clara: la paternidad responsable reposa en la decisión de varón y mujer; la política de población es una decisión del poder del Estado orientada a lograr determinados fines de control de natalidad.
- Si bien la Constitución de 1993 recoge la idea de que el Estado brinde servicios de seguridad social, queda claro del texto constitucional que la opción principal es por la privatización de estos servicios. Se ha modificado las prioridades de la Constitución de 1979. Ella hacía descansar la seguridad en una institución compartida por el Estado, los trabajadores y los empleadores; subsidiariamente reconocía la participación privada. La Constitución de 1993 pone en pie de igualdad a todos los sectores que presten servicios en este ámbito.
- En materia de educación, se mantiene la gratuidad de la enseñanza pública y se ha tomado como pasos positivos dar reconocimiento constitucional a la educación inicial, así como establecer la educación secundaria como obligatoria. Al propio tiempo, se ha eliminado la declaración de la Constitución de 1979 en el sentido que la persona humana tenía derecho a la educación y la cultura y la declaración de que la educación prepara para la solidaridad internacional y la integración latinoamericana. Son omisiones con las cuales discrepamos.

También en materia educativa, se ha hecho cambios constitucionales

les que aunque no dicen de manera expresa, permiten deducir sin mayor complicación que los centros educativos privados podrán tener fines de lucro. Es otra disposición con la que discrepamos.

También se ha quitado dos disposiciones que eran muy importantes y que ahora podrían ser mantenidas en el rango de la ley: la primera, la obligación de proveer a la nutrición y a los útiles escolares de los estudiantes con menor condición económica por parte del Estado y, la segunda, la obligación que se establecía a las empresas de colaborar con el mantenimiento de las escuelas.

- En materia del derecho al trabajo, los cambios son significativos porque, a pesar que se hace un reconocimiento de los principios básicos, que permiten un mayor desarrollo positivo en la ley en beneficio de los trabajadores, se ha quitado rango constitucional a varias disposiciones que son las siguientes:
 - a. Se elimina la propuesta existente en la Constitución de 1979 y nunca aplicada, es cierto, de organizar sistema de remuneraciones para trabajadores con familia numerosa.
 - b. La Constitución de 1979 mencionaba en su artículo 44 los derechos al pago de horas extras, compensación por tiempo de servicios, regulación del trabajo nocturno y pagos extraordinarios reconocidos. No figuran en la Constitución de 1993.
 - c. La estabilidad laboral ha cambiado. La Constitución de 1979 la daba salvo causa justa de despido preestablecida y comprobada previamente. La Constitución de 1993 protege contra el despido *arbitrario*.
 - d. La Constitución de 1979 reconocía la posibilidad de participación del trabajador en la gestión y la propiedad de la empresa. La de 1993 calla al respecto.
 - e. El estímulo que el Estado debía dar al adelanto cultural, la formación profesional y el perfeccionamiento técnico de los trabajadores para mejorar la productividad, impulsar el bienestar social y contribuir al desarrollo del país (Constitución de 1979, art.46) ha sido eliminado del texto.
 - f. El deber del Estado de dictar medidas sobre higiene y seguridad en el trabajo (Constitución de 1979, art.47) también ha sido quitado.

- g. No se recoge la protección explícita al trabajador a domicilio (Constitución de 1979, art. 50) ni se menciona la agremiación de los trabajadores independientes aunque ésta no queda prohibida (Constitución de 1979, art. 52).
 - h. La idea de un banco de los trabajadores ha sido abandonada. Figuraba en el artículo 53 de la Constitución de 1979 y nunca se llevó a cabo.
- Finalmente, existían determinados derechos sociales estatuidos en favor de los menos favorecidos y que han sido también eliminados del texto constitucional. Son los siguientes:
 - a. El derecho de la familia a contar con una vivienda decosa (Constitución de 1979, artículo 10).
 - b. El derecho de la familia que no dispone de medios económicos a que sus muertos sean sepultados gratuitamente (Constitución de 1979, artículo 11).
 - c. La atención del Estado de las necesidades básicas de la persona y la familia en materia de alimentación, vivienda y recreación (Constitución de 1979, art. 18).
 - d. La norma que mandaba regular la utilización del suelo urbano de acuerdo al bien común y con participación de la comunidad local (Constitución de 1979, art. 18).
 - e. La norma que mandaba al Estado garantizar la formación extraescolar de la juventud con la participación democrática de la comunidad (Constitución de 1979, art. 27).
 - f. La promoción por el Estado de la educación física y el deporte, en especial el amateur (Constitución de 1979, art. 38).

Ninguna de estas disminuciones de derechos en el texto constitucional quiere a nuestro juicio decir que quedan prohibidos. Pueden ser perfectamente establecidos en el rango de la ley. Pero no tendrán el rango constitucional.

39. Artículo 4

«Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la fa-

milia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Hasta donde hemos podido ver, sólo la Constitución de 1933 se ocupó del matrimonio, la familia y los demás aspectos de que trata este artículo 4:

“Constitución de 1933, artículo 51.- El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”.

“Constitución de 1933, artículo 52.- Es deber primordial del Estado la defensa de la salud física, mental y moral de la infancia. El Estado defiende el derecho del niño a la vida del hogar, a la educación, a la orientación vocacional, y a la amplia asistencia cuando se halle en situación de abandono, de enfermedad o de desgracia. El Estado encomendará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo a organismos técnicos adecuados”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos antecedentes de la Constitución de 1979 son los siguientes:

“Artículo 5.- *El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.*

Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.

La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia”.

“Artículo 7.- La madre tiene derecho a la protección del Estado y a su asistencia en caso de desamparo”.

“Artículo 8.- El niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral”.

Los artículos 7 y 8 son el antecedente de la primera parte del artículo que comentamos y no hay diferencia sino de expresión entre una y otra Constitución en la materia.

El tema del matrimonio y la familia estaba tratado en el artículo 5 de la Constitución de 1979. Ambos son considerados por las dos Constituciones como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad (o de la Nación que para estos efectos son en realidad una y misma cosa).

Una diferencia entre ambas Constituciones se da, sin embargo, a propósito del matrimonio: la Constitución de 1979 declaraba *protegerlo* en tanto que la de 1993 lo *promueve*, expresión que cambia significado porque, además de protegerlo, ordena estimularlo, es decir, hacer que las parejas se casen desde luego, respetando su voluntad.

Una segunda diferencia se halla en la expresión *las formas de matrimonio* de la Constitución de 1979 y *la forma del matrimonio* de la de 1993. En la Constitución de 1979 los comentaristas encontraron que estaba dispuesta a reconocer no sólo la validez del matrimonio civil ante el alcalde, sino probablemente también otras formalizaciones, incluso algunas de naturaleza consuetudinaria. Una ley que en efecto reconociera actos matrimoniales de este tipo nunca llegó a darse, aunque el artículo 262 del Código Civil permite una forma especial y tradicional en las comunidades campesinas y nativas.

En realidad, que la formalidad del matrimonio civil pueda ser diversa no queda prohibido por la Constitución de 1993, aunque hubiera sido preferible que se utilizara la forma plural de la de 1979, atendiendo principalmente a la diversidad cultural del país y a la protección que otras disposiciones le dan (ver el artículo 2 inciso 19 de la Constitución de 1993).

El tema de las causas de separación y disolución está tratado en forma genérica e igual en ambas normas.

Análisis exegetico

Este artículo trata de diversos temas: la protección al niño y al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, así como a la familia. También promueve el matrimonio. Este y la familia, son reconocidos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

En todos los casos la protección es debida tanto por la comunidad como por el Estado, esto es, que las personas debemos ser solidarias en nuestras relaciones interpersonales, pero también el Estado debe organizar su institucionalidad y asignar recursos para estas tareas. En esta última parte hay que tener en cuenta la undécima disposición transitoria de la Constitución: “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

La protección que se exige es *especial* en el caso del niño, adolescente, madre y anciano en situación de abandono. No quiere decir en absoluto que si no lo están, no requieran la protección normal que dichas personas deben esperar en situaciones también cotidianas y que corresponden a un trato deferente de humano a humano.

Con la finalidad de hacer un desarrollo más ordenado de este comentario, abordaremos los temas uno por uno.

39.1 Protección del niño y del adolescente

La convención de los Derechos del Niño ha establecido una edad hasta la que se considera que el ser humano está en esta condición:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 1.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

En el Perú la edad coincidiría, pues la plena capacidad de ejercicio se alcanza precisamente a los dieciocho años según el artículo 42 del Código Civil, que es el fenómeno al que el artículo citado llama alcanzar *la mayoría de edad*.

Sin embargo, dejarán de ser niños antes de los dieciocho años en nuestro sistema, aquellos a quienes sea aplicable el artículo 46, en concordancia con la parte final del artículo 1 de la Convención:

“Código Civil, artículo 46.- La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

Tratándose de mujeres mayores de catorce años cesa también por matrimonio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste”.

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes del Perú establece la siguiente delimitación por edad:

«Código de los Niños y Adolescentes, título preliminar, artículo I.- Definición.- Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad.

Si existiera dudas acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario».

La primera diferencia que aparece entre las dos normas es fundamental: la Convención no dice si considera al niño desde la concepción o desde el nacimiento, pero la tendencia parece ser a tomar en cuenta el nacimiento, desde que se refiere a la edad y ésta se cuenta desde ese momento. En cambio, el Código de los Niños y Adolescentes del Perú extiende la protección inclusive al concebido, al que llama también niño porque lo engloba en su definición.

Nosotros consideramos importante el esfuerzo del Código de proteger al concebido, pero también creemos que hubiera sido mejor hacer la distinción entre concebido y niño, que corresponde por lo demás a una larga tradición jurídica que ha probado su calidad para dar debida y especial protección a cada etapa. Además, desde el punto de vista técnico, hace entrar en conflicto su conceptualización con la del artículo 1 del

Código Civil porque ahora resulta que el niño será persona desde su nacimiento y no lo será entre éste y la concepción.

Entendemos que la razón de llamar niño al concebido es protegerlo mejor, pero atendiendo a la larga tradición jurídica existente, creemos correcto seguir llamando niño al nacido y concebido al que está por nacer.

Como apreciamos, la terminología es distinta porque al tramo de edad de los doce a dieciocho años nuestro Código lo llama adolescencia, pero el efecto jurídico de protección es el mismo. Por su aplicación como norma específica, sin embargo, en el Perú se utilizará la nomenclatura del Código de los Niños y Adolescentes.

El problema social de los niños y adolescentes en el Perú es serio. Dice la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos:

En relación con los menores, es preocupante, entre otros aspectos, la situación a nivel de salud y alimentación, así como el abandono de que son objeto.

Cuatro de cada 100 niños menores de cinco años fallecen por desnutrición, que constituye la cuarta causa de muerte prematura. Pero ésta es sólo la dramática punta de un iceberg: como lo demostró el Primer Censo Nacional de Talla en Escolares de Primer Grado, realizado en 1993, esta grave situación afecta masivamente a la población infantil del país.

La protección contra las enfermedades inmunoprevenibles es una práctica que se ha extendido en el país, en especial a partir de 1986. Aunque esta medida ha dejado de ser un privilegio, todavía existen problemas de cobertura. Males como la tuberculosis y la malaria tienen una importante incidencia en la población infantil, especialmente en zonas muy pobres (1).

(1) COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú en 1995*. Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 1996, p. 60.

En relación a la situación de violencia política y su vinculación con adolescentes, éste es el duro testimonio de la Coordinadora Nacional:

Las Fuerzas Armadas han reclutado de manera irregular a adolescentes de toda edad para realizar el servicio militar; un número no precisado de estos menores ha sido enviado a las zonas de emergencia para combatir a la subversión. De igual manera, las rondas campesinas -dirigidas o tuteladas por el Ejército- han enrolado a adolescentes desde los 14 años, contraviniendo su propia ley de funcionamiento, que determina los 17 años como edad mínima para ello.

Desde 1980, año en que se inició el conflicto, SL (Sendero Luminoso) ha sustraído de sus hogares a cientos de adolescentes, y aún a niños, para adoctrinarlos y hacerlos participar en la guerra. Según dirigentes asháninkas, durante 1995 todavía permanecían secuestradas, en campamentos ubicados en la espesura del bosque tropical, por lo menos tres mil personas provenientes de la región que bordea el río Pangoa; entre ellos se encuentran menores desde los 10 años.

A su vez, el MRTA ha venido reclutando a adolescentes —principalmente en Oxapampa, Pichanaki y Satipo— con el fin de hacerlos participar en acciones violentas. En la captura del dirigente Miguel Rincón Rincón, realizada en noviembre de 1995, fueron detenidos menores de edad que tenían entre 16 y 18 años; algunos de ellos eran asháninkas procedentes de la selva central que fueron reclutados y adoctrinados en los últimos cinco años (2).

El propio organismo reconoce que se ha hecho avances en la atención de niños y adolescentes, al tiempo que constata que falta aún mucho por delante:

“En 1995 se ha registrado importantes acciones en lo que respecta

(2) COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú en 1995*. Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 1996, p. 83.

a los derechos de los niños y adolescentes. El Grupo de Iniciativa por los Derechos del Niño (GIN) señala en su informe "Situación de la niñez y la adolescencia en el Perú", que se ha elaborado el Plan Nacional de Acción por la Infancia 1991-1995, se ha promulgado el Código del Niño y del Adolescente, se ha instaurado la Semana Nacional por los Derechos del Niño y se han desarrollado campañas de organismos nacionales e internacionales que trabajan sobre este tema. Asimismo, se han constituido defensorías, se ha derogado el decreto Ley 25564 (que reducía la edad de imputabilidad de 18 a 15 años en casos de terrorismo), entre otros logros.

Sin embargo, todavía son muchas las necesidades en los ámbitos de la supervivencia, la salud y la educación. La aplicación permanente de los principios establecidos en la Convención de los Derechos del Niño debe ser una tarea nacional de primer orden" (3).

Abandono, pobreza y violencia son tres dramas que viven los niños y adolescentes en el Perú en cifras significativas, según cada problema. Es una situación que tanto la comunidad como el Estado debemos tratar de aliviar en la medida de nuestras posibilidades, no sólo por la injusticia que significa en el presente, sino también porque el futuro ciudadano debería socializarse en un contexto sustantivamente distinto, que verdaderamente lo capacite, por experiencia propia, en lo que significan el respeto de los derechos humanos y la práctica de la solidaridad.

Existen ciertos principios fundamentales que se aplican en el Derecho para tratar los asuntos de los menores. El primero viene en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

"Convención sobre los derechos del niño, artículo 3.-

1.- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño [...]"

(3) COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú en 1995*. Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 1996, p. 61.

La disposición consta también en el Código de los Niños y Adolescentes del Perú:

«Código de los Niños y Adolescentes, título preliminar, artículo VIII.- Interés superior.- En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos».

Muchas veces, en las situaciones concretas, se enfrentan muy legítimos e íntimos intereses en relación al Derecho: por ejemplo, en un divorcio con encono entre miembros de un matrimonio que tiene hijos menores, una de las decisiones que se discute con mayor energía es la de en manos de cuál de los dos padres, quedan los niños. Pueden haber razones muy atendibles en uno u otro de ellos para retener la custodia, pero el juez no deberá considerar como prioritarios el interés o las razones de quienes se divorcian, sino el interés del niño, que para estos efectos es superior. En el caso del Código peruano, se añade expresamente que también será principio fundamental el respeto a sus derechos. En realidad, podemos decir entonces que el interés superior del niño es el respeto a sus derechos como primera prioridad, cuando sus intereses colisionen o se encuentren con los de otras personas, incluidos los de sus padres.

Otro principio de protección jurídica al menor está contenido en el Código de los Niños y Adolescentes del Perú que dice:

«Artículo IX del T.P.- Proceso como problema humano.- El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada en el niño y el adolescente. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos”.

El derecho a vivir en el seno de su familia, esto es, el derecho a tener familia no está expresa pero sí tácitamente desarrollado en el artículo 9 de la Convención del Niño:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 9.-

1.- Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2.- En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3.- Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4.- Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas».

Parece indudable que si el niño tiene todos estos derechos directamente de sus padres, y que deben ser reconocidos por toda autoridad, tiene derecho a un padre y a una madre, esto es, a su familia nuclear. Debe ser la norma en la que piensan Levy y colegas al decir: «Desde nuestro punto de vista este derecho a tener madre y padre desde el nacimiento se encuentra reconocido en la convención de los Derechos del Niño» (4).

(4) LEVY, Lea M.; WAGMAISTER, Adriana; IÑIGO, Delia. *Algunas reflexiones sobre reproducción humana asistida*. En *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 1991-B, Buenos Aires, 1991, p. 1136.

No obstante, el tema sí está desarrollado expresa y suficientemente en el Código de los Niños y Adolescentes del Perú:

«Código de los Niños y Adolescentes, artículo 9.- A vivir en una familia.- Todo niño y adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.

El niño y adolescente que carecen de familia natural, tienen derecho a crecer en el seno de una familia.

El niño y adolescente no podrán ser separados de su familia natural sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos.

Es deber de los padres velar que sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral».

Este es un derecho muy importante que se halla tácitamente establecido en el artículo 4 de nuestro texto constitucional al protegerse al menor a la familia y al declararse que ésta es institución natural y fundamental de la sociedad (ver el comentario posterior al respecto). Sin embargo, con el aporte de la Convención del Niño y del Código peruano en sus normas antes citadas, no queda duda que el derecho a la familia, entendida cuando menos en su sentido nuclear, es decir, como padre, madre y niño, pertenece al menor y debe reconocérsele también rango constitucional en el Perú (que lo obtiene por la conjunción del artículo 4 de la Constitución y la Convención sobre los derechos del niño).

Al establecerse en el Perú que el concebido está comprendido en todos estos derechos, cosa por lo demás correcta en cuanto a contenido como ya hemos expresado, resulta que también éste tiene derecho a la familia. En su caso, entendemos que la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica, ha resumido adecuadamente qué significa tener familia:

«El hijo tiene derecho a ser concebido, llevado en las entrañas, traído al mundo y educado en el matrimonio: sólo a través de la referencia

conocida y segura a sus padres pueden los hijos descubrir la propia identidad y alcanzar la madurez humana» (5).

También la Congregación explica el fundamento del derecho del menor a tener una familia:

A causa de la vocación y de las responsabilidades sociales de la persona, el bien de los hijos y de los padres contribuye al bien de la sociedad civil; la vitalidad y el equilibrio de la sociedad exigen que los hijos vengan al mundo en el seno de una familia, y que ésta esté establemente fundamentada en el matrimonio.

La tradición de la Iglesia y la reflexión antropológica reconocen en el matrimonio y en su unidad indisoluble el único lugar digno de una procreación verdaderamente responsable (6).

El derecho del menor a la familia es el que le permite desarrollar en el útero de su madre, y también nacer y desarrollarse en un entorno natural completo, con los aportes tanto de su madre como de su padre, que son distintos y complementarios en el proceso de socialización.

Este derecho, por otra parte, no sólo contribuye al bien del menor sino a la sociedad en su conjunto, que será más sólida y estructurada por seres humanos mejor formados, si cada uno de ellos vive dentro de su familia donde no sólo podrá recibir de mejor manera el cariño esencial para su formación emocional, sino que también aprenderá el valor de tener derechos.

La responsabilidad de los padres por hacer realidad esto para sus hijos es un asunto de trascendental importancia y, en el contexto que venimos analizando, son los más comprometidos con estos deberes, en fon-

-
- (5) CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Bogotá, Ediciones Paulinas, 1991, p. 31.
- (6) CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE. *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*. Bogotá, Ediciones Paulinas, 1991, pp. 31-32.

do y forma, y en realidad los únicos que pueden llevarlos a cumplimiento cabal. No siempre ocurre y la corrección de esta situación debe ser parte de la reflexión y formación colectiva de las personas en cada sociedad.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y culturales, se ha ocupado de este tema:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 16.- Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre [...]”.

Las circunstancias excepcionales para separarlo de su madre tendrán que estar vinculadas a la incapacidad de ella para tomarlo a su cargo. Como es obvio, tendrán que ser judicialmente establecidas para tener validez frente al Derecho

Las responsabilidades de los padres han sido también recogidas en la Convención sobre los Derechos del Niño:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 18.-

1.- Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

[...]

3.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los ser-

vicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas».

Los derechos que estos dos párrafos establecen para los niños en relación a sus padres, y la responsabilidad que cabe al Estado en ellos, son suficientemente claros en sí mismos. De su importancia tampoco tenemos duda.

Pero en sí mismos son insuficientes. El proceso de socialización que realiza el niño dentro de su familia tiene otros componentes que pertenecen al campo de los valores y la cultura y que, a menudo, se aprenden y fijan en el menor a partir de la conducta de sus padres. También es importante explorar este terreno, desde el punto de vista de los contenidos de la formación del menor.

Un estudio sobre violencia estructural llegó a las siguientes conclusiones en referencia a la familia y su rol en el proceso de socialización de los niños. El papel que en esto juegan los padres es trascendental:

El proceso de socialización tal como ocurre en el Perú, es un instrumento que tiene una praxis reproductora de la violencia en diversos aspectos. Cambiando las circunstancias, es un poderoso instrumento de pacificación.

Para esto son requisitos indispensables eliminar la pobreza absoluta y pugnar por el cambio de numerosas reglas sociales: el machismo, el racismo emotivo, la división entre pobres y ricos como criterio rector de las clases. Hay que hacer del progreso en la sociedad algo tangible.

La socialización debe hacerse en un ambiente familiar en el que el castigo, el autoritarismo y el sufrimiento materno sean desterrados o disminuidos a su mínima expresión. El efecto reproductor de estos factores es enorme.

Atención preferente hay que dar al índice de ilegitimidad en la vida paterno-filial que, como hemos visto, genera problemas graves de individualidad, y no sólo de premura económica, como generalmente se entiende.

En la socialización del niño hay que hacer un esfuerzo por lograr el desarrollo de las capacidades creativas y afectivas. La educación en general no contribuye a ello (7).

No podemos decir que estas conclusiones son compartidas por nosotros porque son nuestras, así como de los coautores del trabajo citado. En todo caso, creemos que constituyen un motivo de reflexión para la importancia de la socialización familiar, para los padres en relación al futuro de sus hijos, y también para las autoridades públicas, particularmente las educativas, en relación al futuro de la sociedad. De la calidad de los ciudadanos del futuro, dependerá a su vez la calidad de la sociedad, y no se construirá por sí misma, sino que se desarrollará con los elementos que sembremos en el presente.

Los instrumentos internacionales establecen varios derechos específicos para los niños:

- La inscripción en el registro de estado civil y el nombre:

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 24.-
[...]

2.- Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.

Este derecho es también reconocido por la Declaración de los Derechos del Niño en su artículo 7.

- El derecho a una nacionalidad:

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 24.-
[...]

(7) MAC GREGOR, S.J., Felipe RUBIO CORREA, Marcial VEGA CARREAZO, Rudecindo. *Marco teórico y conclusiones de la investigación sobre violencia estructural*. Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1990, pp. 142-143.

3.- Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad».

Reconoce a este derecho, como al anterior, la Declaración de los Derechos del niño en su artículo 7.

- El derecho a expresar su opinión en los asuntos que lo afectan y en función de su madurez:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 12.- Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2.- Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional».

En el Perú, el artículo 43 del Código Civil dice que son absolutamente incapaces “Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley”, con lo cual en realidad no son absolutamente incapaces, desde que hay ciertos actos que les son posibles de ejercicio directo. Haciendo una revisión de las normas específicas que permiten expresión de voluntad a los menores, encontramos las siguientes:

- El menor de diez años deberá prestar asentimiento para su adopción (inciso 4 del artículo 378 del Código Civil).
- El menor con capacidad de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias que sean puras y simples (artículo 455 del Código Civil) y puede celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria (artículo 1358 del Código Civil).
- El menor de catorce años puede recurrir al juez contra los actos del tutor (Artículo 530 del Código Civil); puede pedir al juez la remoción de su tutor (artículo 558 del Código Civil) y puede asistir a las reuniones del consejo de familia sin voto (artículo 646 del Código Civil).
- El derecho a los medios económicos que le permitan un adecuado desarrollo y condiciones de vida razonables:

“Convención sobre los derechos del niño.

«Artículo 27.-

1.- Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2.- A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

[...]».

Sobre los niños en abandono, es decir, para los que no se cumplen las obligaciones establecidas en esta norma, dice O'Donnell:

Refiriéndose a los niños en estado de abandono, el Principio 6 de la Declaración de 1959 declara que «la sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia». Tradicionalmente, se han empleado tres métodos para cuidar de los menores abandonados, a saber» la adopción, la colocación en una familia u hogar sustituto, y el internado o la institucionalización (8).

- El niño tiene derecho a conocer a sus padres, además de ser cuidado por ellos, cosa que ya se había visto antes en otros textos:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 7.-

1.- El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos [...]».

- El niño tiene derecho a información de diversas fuentes nacionales

(8) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, pp. 320-321.

e internacionales y, en especial, a la que lo desarrolle como persona y le dé bienestar:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 17.- Los Estados partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán porque el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental [...]».

- Tiene derecho a protección garantizada por el Estado a través de normas y acciones, contra todo tipo de violencia:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 19.-

1.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo [...]».

La protección contra la explotación y abusos se extiende al ámbito del trabajo de los menores:

“Convención sobre los derechos del niño.
«Artículo 32.-

1.- Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su edad o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2.- Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;

b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;

c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo».

Un derecho adicional también muy importante para el niño es el deber del Estado de adoptar las decisiones necesarias para recuperar y reintegrar al niño que haya sufrido violencia:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 39.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño».

- El niño impedido tendrá derecho a una vida plena y decente y tendrá cuidados y educación adecuadas a sus necesidades:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 23.-

1.- Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo, y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2.- Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él

[...]».

- El niño tiene derecho a la salud y a los servicios correspondientes.

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 24.-

1.- Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios

[...]».

- El niño tiene derecho a una educación primaria obligatoria y la posibilidad de continuar más allá de ella con la debida información y orientación. Las normas establecen deberes importantes para los Estados partes de la Convención sobre los Derechos del Niño:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 28.-

1.- Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación, y a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados.

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

[...]».

También el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, trae este derecho, aunque con versión menos detallada:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 16.- [...] Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo».

Los contenidos de la educación del niño también han sido desarrollados en la Convención:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 29.- Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

[...]».

Por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes del Perú trae un dispositivo expreso sobre esta materia:

«Artículo 15.- Educación básica.- El Estado asegura que la educación básica comprenda:

a) El desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño y adolescente hasta su máximo potencial;

b) El respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales;

c) La promoción y difusión de los derechos de los menores de edad;

d) El respeto a sus padres, a su propia identidad cultural, su idioma, a los valores nacionales y de los pueblos y culturas distintas de la suya;

e) La preparación para una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de solidaridad, comprensión, paz, tolerancia, igualdad entre los sexos, amistad entre los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos;

f) La orientación sexual y planificación familiar;

g) El desarrollo de un pensamiento autónomo, crítico y creativo;

h) La capacitación del niño y el adolescente para el trabajo productivo y para el manejo de conocimientos técnicos y científicos; y,

i) El respeto al ambiente natural».

Las dos normas son distintas entre sí pero no excluyentes y debe entenderse que la conjugación de ambas es el conjunto de principios que guía la educación de los niños y adolescentes en el Perú.

Además, el Código de los Niños y Adolescentes del Perú añade una norma muy importante, no existente en los textos que hemos trabajado: el derecho a ser respetado por sus educadores y a cuestionar los criterios valorativos que ejercitan. Este es un derecho muy importante no sólo para la formación del niño y para su ejercicio del espíritu democrático dentro del respeto debido, sino también porque, bien utilizado, podrá ser un instrumento poderoso de corrección de errores y deficiencias en el sistema educativo nacional. Dice el Código peruano:

«Artículo 16.- A ser respetado por sus educadores.- El niño y el adolescente tienen el derecho a ser respetados por sus educadores y a cuestionar sus criterios valorativos, pudiendo recurrir a las instancias escolares superiores si fuera necesario».

- Atención especial da la Convención sobre los derechos del niño a la protección contra el uso ilícito de drogas:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 33.- Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a los niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias».

- Una parte importante de la protección al niño es el conjunto de derechos que ostenta para el caso en que, cometiendo una acción antisocial grave, deba ser procesado, custodiado o sancionado.

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 40.-

1.- Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

[...]».

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 14.-

[...]

4.- En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social [...]».

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5.-

[...]

5.- Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

[...]».

Adicionalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prohíben la aplicación de la pena de muerte a menores de dieciocho años de edad y a las mujeres en estado de gravidez:

“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6.-

[...]

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

[...]”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4.-

[...]

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho

años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

[...]”.

- El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, establece el derecho de los niños a una adecuada alimentación, derecho que debe ser asegurado por el Estado:

“El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 15.-

[...]

3.- Los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

[...]

- b.** Garantizar a los niños una adecuada alimentación tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

[...]”

Cabe añadir, finalmente, que según la Ley 26875 del 12 de noviembre de 1997, se da a las municipalidades una serie de funciones en materia de defensa y promoción de los derechos del niño y del adolescente, particularmente en materia de derechos, de educación y de atención de cunas.

39.2 *Protección a la madre*

El artículo 4 de la Constitución protege también a la madre y especialmente en situación de abandono.

El problema del abandono materno es de significativa gravedad en países como el Perú. Como ya hemos indicado anteriormente, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos recuerda que según el Censo Na-

cional de Población y Vivienda de 1993, poco más de un millón ciento diez mil mujeres son jefas de hogar (9). Muchas de ellas son mujeres pobres y abandonadas por el padre de los hijos.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, estableció con parquedad:

“Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo VII.- Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales».

La protección a la madre en situación de abandono debe cubrir cuando menos los siguientes aspectos que, de no poder ser brindados por la comunidad, tendrán que ser aportados por el Estado (tomando en consideración la décimo primera disposición transitoria de la Constitución):

- El derecho a atención médica y a alimentación durante la gestación.
- El derecho a tener atención profesional en el parto.
- El derecho a la atención médica y a alimentación durante la edad temprana del niño, particularmente en la época de la lactancia.

Desde luego que estos tres aspectos son la base verdaderamente mínima de la protección (porque aquí no consideramos vestido, domicilio y otros aspectos fundamentales), pero sin ellos tres la disposición constitucional se incumple y, adicionalmente, se pone en serio peligro (si no se produce daño real) a la vida de madre y niño.

39.3 *La protección del anciano*

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, dice lo siguiente:

(9) COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú en 1995*. Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 1996, p. 59.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 17.- Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:

a. Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas;

b. Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;

c. Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos».

Lo importante de estas normas consiste en que el Estado no es ajeno a la responsabilidad sobre los ancianos y que debe proveer de recursos para proteger especialmente a los que sin contar con medios propios, tampoco tienen el amparo de sus familiares. Sin embargo, la primera y fundamental responsabilidad con los ancianos está en sus propios familiares. El Papa Juan Pablo II rescata la importancia y el carácter recíproco de esta atención:

Una atención particular debe prestarse a los ancianos. Mientras en algunas culturas las personas de edad más avanzada permanecen dentro de la familia con un papel activo importante, por el contrario, en otras culturas el anciano es considerado como un peso inútil y es abandonado a su propia suerte. En semejante situación puede surgir con mayor facilidad la tentación de recurrir a la eutanasia.

La marginación o incluso el rechazo de los ancianos son intolerables. Su presencia en la familia o al menos la cercanía de la misma a ellos, cuando no sea posible por la estrechez de la vivienda u otros motivos, son de importancia fundamental para crear un

clima de intercambio recíproco y de comunicación enriquecedora entre las distintas generaciones. Por ello, es importante que se conserve, o se restablezca donde se haya perdido, una especie de «pacto» entre las generaciones, de modo que los padres ancianos, llegados al término de su camino, puedan encontrar en sus hijos la acogida y la solidaridad que ellos les dieron cuando nacieron: lo exige la obediencia al mandamiento divino de honrar al padre y a la madre (cf. Ex 20,12; Lv 19,3). Pero hay algo más. El anciano no se debe considerar sólo como objeto de atención, cercanía y servicio. También él tiene que ofrecer una valiosa aportación al evangelio de la vida. Gracias al rico patrimonio de experiencias adquirido a lo largo de los años, puede y debe ser transmisor de sabiduría, testigo de esperanza y de caridad (10).

39.4 *La protección a la familia*

La familia recibe protección y es reconocida como instituto natural y fundamental de la sociedad.

El reconocimiento como instituto natural tiene un significado tradicional en el Derecho: pertenece a la *naturaleza de las cosas* en el sentido que el Derecho positivo no puede ni crearlo ni hacerlo desaparecer. Simplemente se *reconoce* tal condición natural, es *Derecho Natural*.

Justiniano indica que para los Romanos el Derecho Natural es compartido por todos los seres vivos, y que, inclusive, su existencia puede verse en la conducta de los animales. La familia sería, precisamente, una de las categorías a las que esta concepción puede ser aplicada. Tal es la preeminencia que, cuando menos el núcleo familiar de padre, madre e hijos, existe en la naturaleza, tanto entre los humanos como entre parte significativa de los animales mayores (particularmente en el caso de los mamíferos aunque, también, en el de muchas aves):

El derecho natural es aquel que la naturaleza inspira a todos los animales. Este derecho no es especial del linaje humano, sino

(10) Juan Pablo II, Papa F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s.f. par. 94, p. 92.

común a todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. De aquí procede la unión del varón y de la hembra, que llamamos matrimonio; de aquí la procreación y la educación de los hijos. Vemos, en efecto, a los demás animales que se conforman a los principios de este derecho como si lo conociesen (11).

Institución fundamental de la sociedad quiere decir que constituye uno de los pilares que la sustenta, en el sentido que una sociedad de personas sin familias sería inimaginable: no existiría una socialización humana para nadie; no existirían los mecanismos de seguridad que, sobre todo en la etapa de la niñez y adolescencia, requiere por naturaleza el ser humano; no habría vinculaciones de sangre que han sido tan poderosas en la historia; nadie tendría por qué preocuparse de los ancianos y, probablemente, muchos muertos permanecerían a la intemperie. Es una imagen que no sólo carece de realidad, como lo comprueban las culturas humanas más primitivas, sino que crearía o bien un desorden total en el grupo humano o, tal vez, una sociedad distinta, sujeta a reglas que negarían muchos aspectos biológicos, psicológicos y emotivos (si no intelectuales) de la naturaleza humana en sí misma.

Sin embargo, es preciso destacar que esta institución tan característica e imprescindible como es la familia, no tiene una definición jurídica y, es más, el Derecho se niega a darla para tener, así, un concepto genérico y flexible que pueda adaptarse a diversas circunstancias.

Tenemos muchos conceptos distintos de familia en la realidad y varios ya establecidos dentro de las clasificaciones del Derecho. Por ejemplo, dice Cornejo Chávez:

Vista así la figura, se puede afirmar con Josserand, que si la familia legítima tiene su origen en una convención —que es el matrimonio y en la comunidad de sangre; la familia ilegítima procede exclusivamente de la comunidad de sangre; y la familia adoptiva tiene su base únicamente en la convención (12).

(11) I.1.2

(12) CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 5a. ed. Lima, Librería Studium Ediciones, s.f. Cap. II, p. 57.

Cornejo Chávez habla de la familia que tiene reconocimiento jurídico y la clasifica en tres formas cada una de las cuales tiene su propia variable de definición. Sin embargo, también puede existir una familia de hecho que no tenga reconocimiento jurídico o, tal vez mejor, *nombre jurídico* y que sólo sea una familia. Fernando de Trazegnies dice:

«[...] cuando hay discrepancia entre la familia biológica y la familia jurídica, estamos más bien ante un conflicto de legitimaciones antes que ante un conflicto entre la realidad y la irrealidad» (13).

La opinión de De Trazegnies es clara: que la familia exista o no como grupo humano es un asunto de realidad, de hecho. Ahora bien, esa familia puede o no tener reconocimiento o *nombre* jurídico en los términos de Cornejo Chávez o en otros equivalentes o adicionales, pero este es un asunto que tiene que ver con si el Derecho reconoce o no el hecho de la familia: cuando no la reconoce, la familia existe pero no tiene legitimación formal.

Y es que existe una paradoja entre el tratamiento constitucional y el civil en esta materia: mientras la Constitución da a la familia rango de institución natural y fundamental, el Código Civil se centra en las relaciones matrimoniales y, dentro de ellas, en las relaciones formales de la patria potestad, con énfasis en los aspectos económicos. Sólo al influjo de la Constitución de 1979, se reconoció en el Código Civil que *la unión de hecho [...] origina una sociedad de bienes* cuando, en realidad, se está hablando de una de esas *familias sin nombre* para el Derecho privado que puede estar formada, inclusive, por un matrimonio religioso fielmente cumplido. Consideramos que la distancia que separa a la Constitución del Código Civil en asunto tan trascendente, debería ser acortada y, para ello, la creatividad en el ámbito privado tiene que ser inmensamente desarrollada.

13 TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La familia, ¿un espejismo jurídico?*. En Fernando de Trazegnies Granda, Róger Rodríguez Iturri, Carlos Cárdenas Quirós y José Alberto Garibaldi F., editores, *La familia en el Derecho peruano*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 24.

Todas estas razones hacen difícil definir a la familia. Si ello es complicado en el ámbito civil (ya Cornejo Chávez mostraba tres definiciones), lo será más aún en el ámbito Constitucional que alude más al *hecho* de la familia que al *derecho*.

Un primer indicio, sin embargo, sería el *núcleo familiar*, es decir, lo que no puede dejar de ser considerado familia. Indudablemente, está vinculado a la relación matrimonial y a la de parentesco: el matrimonio civil establece un vínculo de carácter familiar entre los cónyuges, y el parentesco los liga por sangre o por relación civil con los parientes consanguíneos y afines respectivamente.

De Trazegnies encuentra los límites de la familia entre la relación conyugal y paterno filial (núcleo básico) y el parentesco dentro del cuarto grado:

De alguna manera quizá podríamos decir que, si bien la noción específica de familia es variada, cuando menos se manifiesta —en formas diferentes, según se ha visto— en el interior de un campo común. En ese sentido, tal campo estaría conformado por un núcleo y una delimitación periférica. El núcleo estaría constituido por la relación conyugal. La periferia estaría enmarcada por el círculo máximo que reconoce nuestro orden legal y que alcanza solamente hasta el cuarto grado. La familia se expande o se reduce dentro de estos límites según las circunstancias: nunca más del cuarto grado; nunca menos del primer grado (14).

El marco hasta aquí descrito es coincidente con el Derecho privado, en el cual las relaciones de parentesco existen sin límite en la línea recta y producen efecto en la colateral hasta el cuarto grado en el consanguíneo y hasta el segundo en el de afinidad (artículos 236 y 237 del Código Civil).

(14) TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *La familia, ¿un espejismo jurídico?*. En Fernando de Trazegnies Granda, Róger Rodríguez Iturri, Carlos Cárdenas Quirós y José Alberto Garibaldi F., editores, *La familia en el Derecho peruano*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990, p. 34.

Sin embargo, existen otros vínculos que en el Derecho, distinto del Civil, suelen establecer una relación familiar. Entre ellos:

- Las personas que viven bajo una misma autoridad (paterna, materna o matrimonial) y que comparten la misma casa (o el *mismo techo* como suele decirse tradicionalmente en la doctrina).
- Las personas que tienen un parentesco colateral mayor que el cuarto grado, pero que, en entornos consuetudinarios, aceptan dicho grado como de relación familiar.
- Las personas que tienen una relación familiar espiritual a través del padrazgo religioso (particularmente en el caso del bautismo católico).
- Las personas que forman una familia unida por el matrimonio religioso pero no por el civil y que en realidad, como hemos ya dicho, no son sino una especie del género *hogar de hecho* que conforma una sociedad de bienes, según reza el artículo 326 del Código Civil.

En nuestro concepto, el criterio civil es demasiado estrecho y algunas de estas formas pueden ser tomadas en cuenta para determinados efectos jurídicos según circunstancias.

Por ejemplo, es evidente que las personas del cuarto apartado son una familia nuclear en el estricto sentido de la palabra y que merecen apoyo del Estado como sociedad natural.

También es evidente que las personas del primer apartado podrán estar cubiertas en ciertos casos por el derecho de alimentos, en la medida que él no será sino la continuación de una relación que ya existió previamente.

Es posible que los ámbitos menos susceptibles de recibir protección jurídica sean el segundo y tercer apartado pero, en nuestra experiencia como abogado, hemos visto que muchas veces, las familias de la Serranía asumen de hecho y como obligación jurídica, la protección de los *familiares* que necesitan ayuda y no tienen un núcleo más cercano del cual obtenerla.

Siendo el Perú un país pluricultural, no encontramos mayor obstáculo a que, respetando las tradiciones de determinados núcleos de la población, se pueda tener flexibilidad y ensanchar según sea necesario, el concepto de familia dentro de estos límites, para atender a las diversas circunstancias. En esto, obviamente, no hay que olvidar los mandatos del artículo 149 de la Constitución, que comentamos en el lugar que le corresponde.

Dentro de las medidas que se tiene en el ámbito internacional para la protección de la familia, está la Declaración Universal de Derechos Humanos que seguida por un texto idéntico del "Pacto Internacional de derechos civiles y políticos en su artículo 23, dice lo siguiente:

"Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16.-

[...]

3.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado».

"Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16.-

1.- Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2.- Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

[...]»

La Declaración es trascendental en este punto porque establece el derecho de casarse y el de fundar una familia, los que son derechos de rango constitucional en el Perú según hemos ya sustentado sobre los derechos establecidos en convenios internacionales. Podrán ser defendidos con las garantías constitucionales existentes.

La segunda parte establece el principio de que sólo con el libre y pleno consentimiento hay matrimonio. Dice O'Donnell al respecto:

El principio según el cual el matrimonio sólo puede contraerse mediante «libre y pleno consentimiento de los futuros esposos» está reconocido expresamente por la Declaración Universal, el Pacto Internacional y la Convención Americana. Esa disposición se opone sobre todo a las costumbres de algunas sociedades tradicionales, en las cuales los padres concertan el matrimonio de sus hijos por motivos religiosos, sociales, económicos u otros, a menudo durante la infancia o la adolescencia de éstos. Existe un instrumento internacional dedicado específicamente a esta cuestión, la Convención de 1962 sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, vigente en varios países de la región (15).

El Pacto Internacional repite estas disposiciones:

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 23.-

[...]

2.- Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3.- El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

[...]».

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dice:

“Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 16.-

(15) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 335.

1.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (...)

2.- No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial».

Aquí se busca proteger dos aspectos de la violencia contra la mujer: el primero es la desigualdad de los cónyuges en favor del marido. Hemos tenido oportunidad de analizar detalladamente este punto al tratar el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución. El otro aspecto es el del compromiso a que muchas veces llevan los padres a los hijos para el matrimonio, sin tomar en cuenta sus preferencias. No es un fenómeno frecuente en el Perú pero aún existen países en los que a veces él, y casi siempre ella, no toman decisión sobre su compromiso y matrimonio. El segundo párrafo va enderezado a enfrentar y solucionar ese problema.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos establece:

“Convención Americana sobre Derechos Humanos
«Artículo 17.-

1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2.- Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3.- El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4.- Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso

de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y la conveniencia de ellos.

[...]».

El inciso primero es la base del texto constitucional en la materia. Todo lo dicho para éste, vale para aquél.

El inciso segundo, siguiendo a la Declaración Universal sobre Derechos humanos, reconoce los de contraer matrimonio y de fundar familia.

El inciso tercero ratifica la necesidad del libre y pleno consentimiento de los contrayentes como un derecho para llegar al matrimonio. Es también un derecho de rango constitucional entre nosotros.

El inciso 4 ratifica también el principio ya visto de igualdad de varón y mujer dentro del matrimonio.

El derecho de constituir una familia está ratificado por el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

“Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo VI.- Toda persona tiene derecho a constituir familia; elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella».

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, ratifica derechos para la familia que ya fueron mencionados en los documentos anteriores:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 15.-

1.- La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

2.- Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.

A propósito de las familias en las cuales ambos cónyuges trabajan, la OIT ha desarrollado las siguientes normas:

“Convenio N.156 OIT, artículo 3.-

1.- Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

2.- A los fines del párrafo 1 anterior, el término «discriminación» significa la discriminación en materia de empleo y ocupación tal como se define en los artículos 1 y 5 del Convenio sobre discriminación (empleo y ocupación), 1958”.

Se sabe que la discriminación principal es contra la mujer, la que deberá ejecutar sus responsabilidades laborales al tiempo que atiende a la hijos. Si ambos padres asumieran la responsabilidad de atender a la prole, el problema sería más equitativamente sobrellevado por ambos. Dos medidas aparecen indispensables: el brindar los medios para que los niños puedan permanecer seguros y en ambiente propicio para su desarrollo mientras los padres trabajan, y el cambio de patrones culturales, que ya viene produciéndose en muchos ambientes, es cierto, en el sentido que el padre y la madre coasuman el cuidado de los niños pequeños.

También con la finalidad de evitar formas sutiles de discriminación, el Convenio OIT establece lo siguiente:

“Convenio N.156 OIT, artículo 8.- La responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo».

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos
«Artículo 23.-

[...]

4.- Los Estados Partes en el presente pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos».

39.5 Promoción y reconocimiento del matrimonio

Durante prácticamente todo el siglo XX el Derecho Civil ha considerado que la forma de constituir familia válidamente para el Derecho, es realizar el matrimonio civil, acto cuya regulación comienza en dicho Código en el artículo 239 y se extiende a lo largo de varios numerales.

Lo esencial del matrimonio civil es que, como regla general, es una ceremonia ante la municipalidad que se inscribe en el Registro del Estado Civil y, genera vínculos conyugales entre quienes lo contraen, con pleno efecto en todos los ámbitos de su vida personal, ética y económica.

Son muchas las familias que en el Perú están organizadas de hecho, sin haberse casado civilmente. Esta es una característica de la sociedad difícil de superar. En todo caso, la Constitución ordena la promoción del matrimonio al Estado y, en consecuencia, la idea que subyace es que, de ser posible, toda familia peruana esté conformada matrimonialmente. La idea no es mala, al contrario. El problema es que la mayoría de la población se convenza de que efectivamente es lo más adecuado. Ahora aún no lo está.

Al lado del matrimonio que se realiza en la municipalidad, el Código Civil ha permitido una ceremonia especial en las comunidades campesinas y nativas, con pleno valor civil:

“Código Civil, artículo 262.- El matrimonio civil puede tramitarse y celebrarse también en las comunidades campesinas y nativas, ante un comité especial constituido por la autoridad educativa e integrado por los dos directivos de mayor jerarquía en la respectiva comunidad. La presidencia del comité recae en uno de los directivos de mayor jerarquía de la comunidad”.

Las causas de separación y de disolución de matrimonio están reguladas en los artículos 333 y 349 del Código Civil. La separación se llama *separación de cuerpos* y tiene por finalidad permitir que los cónyuges vivan separados, pero manteniendo el vínculo matrimonial. El divorcio es la disolución de dicho vínculo y habilita para contraer nuevo matrimonio sin caer en condición de bigamo.

Finalmente, sobre el tema de este artículo, sólo cabe decir que el 25 de Octubre de 1996, se promulgó el Decreto-Legislativo 866 que crea el Ministerio de la Mujer. El artículo 2 dice lo siguiente:

«Artículo 2.- Misión.

El Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano tiene como misión promover el desarrollo de la mujer y la familia, promover las actividades que favorezcan el desarrollo humano de la población y la atención prioritaria a los menores en riesgo».

Es de esperar que este Ministerio pueda cumplir su misión. En el momento de escribir estas páginas recién se organiza.

40. Artículo 5

«Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente de la Constitución de 1979 dice lo siguiente:

“Artículo 9.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”.

Las normas de ambas Constituciones mandan lo mismo, con pequeñas diferencias en la expresión que no afectan el significado: ---

Análisis exegético

Hasta 1980, una pareja que convivía en el Perú no generaba entre sí ningún lazo formal, ni de carácter personal, ni de contenido económico. La convivencia de varón y mujer, aún cuando fuera muy semejante a un matrimonio, no recibía trato análogo en absoluto.

Tampoco a partir de esa convivencia se formaba una familia formalmente constituida. Lo único que aparecía era la relación paterno-filial con cada progenitor.

El efecto social de este fenómeno era desastroso: cuando la pareja se rompía, generalmente ocurría que todos los bienes acumulados estaban a nombre de él, y como usualmente el varón asumirá un *nuevo compromiso* como se usa decir cuando se separa, entonces la mujer quedaba desposeída y abandonada, a cargo de los hijos. En el mejor de los casos, sólo éstos recibirán pensión de alimentos.

El Constituyente de 1979 pretendió corregir esta situación y, así, apareció el hogar de hecho que genera una sociedad de bienes regida por las reglas de la sociedad de gananciales.

Hasta ese momento, los jueces habían tratado de canalizar el problema a través del enriquecimiento indebido del varón, pero esa es una acción con tremendas complejidades probatorias, generalmente fuera del alcance de una mujer pobre, sola y abandonada con sus hijos.

El derecho tardó cuatro años y medio a partir de la plena vigencia de la Constitución de 1979, para producir la norma de desarrollo que hiciera operativa esta constitución de hogar de hecho. La oportunidad fue el Código Civil, cuyo artículo 326 dice:

«Código Civil, artículo 326.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régi-

men de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales.

Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido».

Los elementos a destacar de este artículo son varios:

- La unión de hecho tiene que ser voluntariamente realizada y mantenida (lo que equivale a realizarla cada día, como tipo de acto continuado en el tiempo). La voluntad tendrá que ser expresa o tácita, de acuerdo a los términos del artículo 141 del Código Civil. Si expresa, será mejor para efectos de prueba, pero basta la tácita siempre que, también, pueda ser probada. De hecho, en el segundo párrafo hay la ayuda de la posesión constante de Estado a partir de fecha aproximada, que puede probarse de cualquier manera lícita. Esto es un reconocimiento manifiesto de la expresión tácita de voluntad.
- La unión de hecho ocurre entre varón y mujer. Las parejas homosexuales no son amparadas.
- Las personas tienen que estar libres de impedimento matrimonial. Es decir, deberían poder casarse entre sí pero prefieren no hacerlo. Si tuvieran impedimento no se produce la unión de hecho con efecto jurídico. Así, un casado no está considerado en esta posibilidad de constituir hogar de hecho con quien no sea su cónyuge.

- La unión de hecho debe estar destinada a cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, es decir, la unión de varón y mujer como pareja, la procreación de los hijos, la fidelidad y mutua asistencia, etc.
- La unión de hecho debe haber durado cuando menos dos años continuos.
- Origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales en cuanto fuere aplicable. La sociedad es una reunión de bienes que, al estar regida por la sociedad de gananciales, consigna dos tipos de propiedad: una que es la de los *bienes propios* que pertenecen a cada uno de los cónyuges y no al otro, y *bienes sociales*, que son de la sociedad conformada y no pertenecen en particular a ninguno de los cónyuges, aunque ellos o sus bienes propios los hayan generado (artículo 301 del Código Civil).

A partir de este artículo 301, se establece la organización y las reglas de uso y disposición de bienes propios y sociales. Son normas complejas que no corresponde analizar aquí.

Sin embargo, sí es importante señalar que en caso de disolución de la unión de hecho, también habrá que disolver la sociedad de bienes generada por ella y, en consecuencia los convivientes se repartirán el patrimonio común por mitades, y cada uno se llevará además los bienes que le corresponden. Desde luego, todos los bienes se presumen sociales, salvo que se pruebe que fueron propios (artículo 311 inciso 1).

Las formas de disolución están claramente indicadas en el penúltimo párrafo del artículo 326 del Código Civil.

Y finalmente, cuando la unión de hecho no reúna los requisitos establecidos, cada conviviente tendrá, frente al otro, la acción de enriquecimiento indebido contenida en el artículo 1954 del Código Civil que dice: “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”.

El problema con esta acción es que hay que probar tres cosas:

1. Que él se enriqueció.
2. Que yo me empobrecí.
3. Que hay un vínculo entre su enriquecimiento y mi empobrecimiento, que es *indebido* jurídicamente.

Es bastante complicado organizar esta probanza aunque, desde luego, cuando conste la convivencia, será más fácil lograr demostrar el enriquecimiento de uno y el daño de otro.

En síntesis, la combinación del artículo 5 de la Constitución y 326 del Código Civil, han solucionado el problema de injusticia de quienes, pudiéndose casar civilmente, no lo hacen y prefieren convivir de hecho. Los protege siempre que cumplan los demás requisitos en su unión.

41. Artículo 6

«Artículo 6.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables.

Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo antecedente en la Constitución de 1979 era el siguiente:

“Artículo 6.- El Estado ampara la paternidad responsable.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad”.

Los dos últimos párrafos del artículo 6 de la Constitución de 1993 son textualmente idénticos a los dos finales del artículo de igual número de la Constitución de 1979.

La diferencia, y significativa, está en el tratamiento de lo que la Constitución de 1979 denominó *paternidad responsable* y la de 1993 *política nacional de población*.

Una política nacional de población significa que el Estado elaborará decisiones que pondrá en práctica respecto al tema. Su objeto es difundir y promover la paternidad y maternidad responsables y sus medios serán programas de educación, información y acceso a los medios que no afecten la vida o la salud, a efectos de controlar libremente la natalidad. Esto no se decía con igual claridad en el escueto texto de *“El Estado ampara la paternidad responsable”* que traía la parte inicial del artículo 6 de la Constitución de 1979, aunque podía también entenderse dentro de ella.

La Constitución de 1993 es mucho más detallada en el sentido indicado: el de promover una política de población que, en realidad, es de control de la natalidad.

Análisis exegetico

El artículo contiene tres elementos distintos entre sí. El primero es el de la política nacional de población; el segundo el de los deberes mutuos de padres e hijos y el tercero el de igualdad de derechos de los hijos. Aunque consideramos un error tratar estos tres temas en un sólo artículo, no desdeñamos la importancia constitucional de ninguno. Creemos

que la técnica legislativa hubiera sido mejor si estas tres normas hubieran estado en tres numerales distintos. Así, cada una de ellas hubiera tomado su real dimensión e importancia.

Por ello, trataremos en tres acápite distintos estos temas aunque, desde luego, el de la política nacional de población es el que requiere el desarrollo más largo por sus complejidades internas.

41.1 La Política Nacional de Población

El primer mandato de este artículo está referido a la existencia de una política nacional de población que consistiría en lo siguiente:

- Difundir y promover la paternidad y maternidad responsables.
- Reconocer el derecho de las familias y de las personas a decidir sobre la procreación.
- Encargar al Estado la educación e información adecuados y la provisión de medios de regulación de nacimientos que no afecten la vida o la salud.

En estos tres puntos están sintetizados los componentes del concepto paternidad y maternidad responsables, que son los siguientes:

- El primero está referido a la determinación del número de hijos a tener, y de la oportunidad de procrearlos.
- El segundo, indesligable del primero, es el de hacerse responsables de su crianza y cuidado hasta alcanzar su plena capacidad.

Como es obvio, ambos elementos se influyen entre sí en la medida que el número de hijos tendrá que ver con la posibilidad de criarlos y cuidarlos y, a la inversa, la crianza también influirá en la determinación del número de hijos.

De manera que los dos primeros aspectos del contenido constitucional respecto de este punto, tienen que ver con la paternidad y maternidad responsables. En esto, lo más importante, es que la decisión es y debe ser de las personas y las familias, y no debe ser de terceros. Por ello, lo que se encarga al Estado es el difundir el conocimiento y facilitar

los medios de regulación de nacimientos que no afecten la vida o la salud: no corresponde a los funcionarios públicos, ni ética ni jurídicamente, intervenir en la decisión de cuántos hijos tener, y en qué oportunidades procrearlos.

Ahora bien, en el Perú existe una Ley de Política Nacional de Población (Decreto Legislativo 346 del 05 de Julio de 1985), que enriquece aún más estos postulados constitucionales sin caer en inconstitucionalidad, y que a la vez demuestra las limitaciones de concepto de quienes hicieron el texto de la Carta que ahora comentamos. Dice:

«Decreto legislativo 346, artículo 1.- La presente ley tiene los siguientes objetivos:

1. Promover una equilibrada y armónica relación entre el crecimiento, estructura y distribución territorial de la población, y el desarrollo económico y social, teniendo en cuenta que la economía está al servicio del hombre.

2. Promover y asegurar la decisión libre, informada y responsable de las personas y las parejas sobre el número y espaciamiento de los nacimientos proporcionando para ello los servicios educativos y de salud, para contribuir a la estabilidad y solidaridad familiar y mejorar la calidad de vida.

3. Lograr una reducción significativa de la morbi-mortalidad, especialmente entre las madres y los niños, mejorando los niveles de salud y de vida de la población.

4. Lograr una mejor distribución de la población en el territorio en concordancia con el uso adecuado de los recursos, el desarrollo regional y la seguridad nacional».

Puede verse aquí un programa de largo plazo para el país que tiene muy diversos componentes. De entre ellos, sólo el mencionado en el inciso 2 es el que recoge la Constitución y eso la hace pobre y sesgada. Los otros elementos son también muy importantes:

- El crecimiento, estructura y distribución territorial de la población

es también un objetivo prioritario de una política nacional de población y, en sí mismo, constituye campo de decisiones políticas, económicas y sociales que nada tienen que ver con el número y oportunidad de hijos por familia. Al contrario: es una responsabilidad que sí compete al Estado a través de los instrumentos reguladores con los que puede orientar la vida social y las decisiones concretas de carácter socioeconómico de personas y familias.

La vinculación entre la organización de la estructura poblacional y el desarrollo económico citada en el mismo inciso primero de artículo 1 de la Ley de Política de Población es de fundamental importancia porque, al fin y al cabo, son los recursos económicos y su distribución los que permiten vivir a un pueblo.

Lo ha dicho el Papa Juan Pablo II en este texto:

“[...] los gobiernos y las distintas instituciones internacionales deben mirar ante todo a la creación de las condiciones económicas, sociales, médico-sanitarias y culturales que permitan a los esposos tomar sus opciones procreativas con plena libertad y con verdadera responsabilidad; deben, además, esforzarse por responsabilidad; deben, además, esforzarse por «aumentar los medios y distribuir con mayor justicia la riqueza, para que todos puedan participar equitativamente de los bienes de la creación. Hay que buscar soluciones a nivel mundial, instaurando una verdadera economía de comunicación y de participación de bienes, tanto en el orden internacional como nacional». Este es el único camino que respeta la dignidad de las personas y de las familias, además de ser el auténtico patrimonio cultural de los pueblos” (16).

Desgraciadamente, para el constituyente este elemento, siendo jurídicamente existente como parte de la política nacional de población, no mereció ser citado expresamente en el texto constitucional.

- También es parte importante de la política de población lograr una

(16) Juan Pablo II, Papa F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s.f., par. 91, pp. 89-90.

reducción significativa de la morbi-mortalidad, especialmente entre las madres y los niños, mejorando los niveles de salud y de vida de la población, objetivo que se vincula estrechamente a otros derechos como el de la vida y la salud. Tampoco el constituyente estimó pertinente incluirlo en el texto constitucional a pesar de su existencia en la ley de la materia.

- Finalmente, lograr una mejor distribución de la población en el territorio en concordancia con el uso adecuado de los recursos, el desarrollo regional y la seguridad nacional es precisamente colaborar a la relación entre riqueza, distribución y población, con medidas orientadoras que eviten las grandes concentraciones poblacionales en uno o en pocos lugares, encareciendo en ellos la vida, y por ende haciendo más difícil la crianza de los hijos para parte importante del número de familias del país.

Como se puede apreciar, la política de población que existe en el Perú es compleja y comprende diversos objetivos que son todos jurídicamente exigibles. En varios de ellos el Estado tiene un rol importante que jugar. En el único que no lo tiene es en el de la libre decisión de padre y madre sobre los hijos que tendrán. Por estas razones, consideramos que una norma más completa y equilibrada sobre política nacional de población, debería suponer una reforma constitucional de la primera parte del artículo 6 de la Constitución.

De todos estos aspectos, sin embargo, el que más conflicto presenta en la discusión jurídica y ética del país es el que corresponde a la forma de realizar el control de los nacimientos porque las técnicas contemporáneas han desarrollado diversas metodologías que tienen relación con el derecho a la vida o a la salud de padre, madre e hijos. Sobre muchos de estos aspectos existe grave preocupación moral:

«La problemática demográfica constituye hoy un capítulo importante de la política sobre la vida. Las autoridades públicas tienen, ciertamente, la responsabilidad de “intervenir para orientar la demografía de la población»; pero estas iniciativas deben siempre presuponer y respetar la responsabilidad primaria e inalienable de los esposos y de las familias, y no pueden recurrir a métodos no respetuosos de la persona y de sus derechos fundamentales, comenzando por el derecho a la vida de todo ser humano inocente. Por tanto, es moralmente inaceptable que, para regular la

natalidad, se favorezca o se imponga el uso de medios como la anticoncepción, la esterilización y el aborto» (17).

En realidad, los métodos de control de nacimientos que podemos encontrar a disposición son: el método natural o de ritmo del ciclo menstrual de la mujer; los mecanismos y sustancias artificiales desarrollados para evitar el contacto entre óvulo y espermatozoide; los mecanismos y sustancias utilizados para impedir el desarrollo del cigoto (óvulo fecundado por el espermatozoide) en los momentos iniciales de su proceso; el aborto del feto en algún momento de su desarrollo ya anidado en el útero materno y la esterilización.

De todos estos métodos de control de nacimientos, es indiscutido el llamado método natural, que determina las fases del ciclo menstrual femenino por sistemas de observación de los procesos corporales y, en base a ellas, establece en cuales días puede haber relación sexual sin fecundación y en cuales la posibilidad de fecundación es alta, por lo cual la pareja debe abstenerse. Lo acepta inclusive la Iglesia Católica dentro de ciertos cánones complementarios de la relación de pareja que no compete analizar aquí.

Todos los demás son objetados por la Iglesia Católica por distintas razones: los métodos que evitan el contacto entre óvulo y espermatozoide porque estima que el acto conyugal tiene dos funciones indeliberables: la unitiva y la procreativa y esta última está invalidada por ellos; los métodos que esterilizan al varón o a la mujer porque quitan funciones esenciales del cuerpo humano sobre las que no hay libre disposición; y, los métodos que impiden el desarrollo del cigoto o que abortan al feto, porque atentan contra la vida misma.

De todos estos problemas, el del aborto y el del impedimento del desarrollo del cigoto son los más graves porque tienen que ver con la producción de la muerte a la vida humana. Por ello es importante conocer con detalle los fenómenos iniciales del desarrollo del ser humano.

(17) Juan Pablo II, Papa F.R. *Evangelium vitae*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, s.f., par. 91, p. 89.

Para clarificar este problema tenemos que trabajar sobre un verdadero enjambre de conceptos que, como en el caso de la concepción y fecundación desarrollada en nota anterior, tienen que definirse con la mayor claridad posible.

Consideramos que lo esencial de la discusión está planteado en este largo texto que transcribimos:

Aun cuando la mayor parte de los autores aceptan que la fecundación constituye un momento inicial para la vida humana, no todos aceptan que ese sea el comienzo de una vida humana individual.

Para C.R. Austin la «individualidad, enfáticamente no es una característica del embrión» y la razón que da es que: «el potencial para el pleno desarrollo existe en cada uno de los blastómeros del embrión de 2, 4 y 8 células». Además, «la ocurrencia de embarazos gemelares espontáneos en humanos, con la producción de gemelos, trillizos, cuatrillizos, quintillizos y aún sextillizos, se produce por subdivisión del disco embrionario en el día 14 a 18 del embrión». Por otra parte, además de las mencionadas separaciones y subdivisiones, «la fusión entre dos o más embriones en división, o entre las masas celulares internas de dos o más blastocistos, puede ser inducida fácilmente». El producto es llamado «quimera», la que es capaz de un desarrollo completo.

¿Qué prueban los argumentos de Austin?

En primer lugar nos parece que tanto Austin como los que argumentan como él, confunden la individualidad de un ser con su indivisibilidad, dos propiedades que en cierta medida se relacionan, pero que se distinguen netamente entre sí.

La individualidad dice de un ente indivisión actual, mientras que la divisibilidad significa la capacidad de un ente de ser efectivamente dividido en nuevos entes unitarios específicamente semejantes. La noción de individualidad, por lo tanto, sólo significa que un ser no se encuentra actualmente dividido, pudiendo eventualmente o no ser dividido, dando origen a nuevos seres específicamente semejantes.

El primer grupo de argumentos de Austin, lo único que muestran es que el individuo humano, en sus primeros momentos de la vida, pasa por una etapa en la cual, estando suficientemente individuado, no es específicamente indivisible. De hecho, algunos seres vivos conservan parcial o totalmente esta capacidad por largos espacios de tiempo, o aun por toda su vida, como es el caso de algunos gusanos, anfibios, vegetales y, en general, todos los unicelulares.

Con el segundo ejemplo —de la fusión de embriones— no nos dice explícitamente Austin lo que pretende probar, pero suponemos que se trata de aportar otra prueba de la supuesta no-individualidad del embrión. La tesis subyacente al argumento es que, si existiese individualidad previa, no se podrían fusionar.

Como veíamos anteriormente, la «no-fusionabilidad» constituye una propiedad distinta de la individualidad o indivisión actual, por lo que este argumento no aporta nada nuevo. Sin embargo, hay que reconocer que su fuerza parece ser mayor que la del primero. Esta fuerza deriva del hecho de que en este argumento se conjugan dos ideas. En efecto, la fusión de embriones nos plantea con mucha evidencia otro problema, distinto pero relacionado, que es el problema del tipo de individualidad que realizan los seres vivos.

El problema que tiene Austin parece ser el siguiente: si realmente existiese individualidad en las primeras etapas del embrión, entonces la fusión sería imposible; como la fusión es posible, entonces no hay individualidad.

Sin embargo, nada obsta para que, existiendo individualidad previa de ambos embriones, una de las individualidades persista y la otra se pierda. La muerte de los individuos no es novedad en el universo físico. La novedad estaría solamente, en este caso, en que el proceso que conduce a ella, sería excepcional o atípico. Sin embargo, hay algo que a Austin le impide aceptar —o le impide plantearse— esta alternativa, y creemos que es lo siguiente: la dificultad para reconocer que la individualidad radical del ser vivo no es una individualidad genético-molecular, sino una individualidad ontológica o existencial [...]

Reconozcamos, en primer lugar, que la unidad y la indivisión son, desde el punto de vista nocional, muy vecinas. Tan vecinas que en términos de su fundamento existencial se identifican. Un ser uno y un ser indiviso, son lo mismo. Se trata de la misma realidad, sólo que la mente la conceptualiza desde una perspectiva levemente distinta. Es solamente la manera como la inteligencia se acerca a la comprensión del ser, lo que hace surgir en la mente nociones que no son exactamente equivalentes [...]

Ahora bien, los embriones componentes de la quimera, ¿eran previamente a la fusión, verdaderas unidades funcionales? A ningún biólogo del desarrollo puede caberle duda acerca de esto, desde un punto de vista estrictamente empírico. El embrión, ya desde su etapa unicelular, es una unidad funcional.

Pues bien, si el embrión precoz es una unidad genético-molecular, y una unidad funcional, realiza ya dos tipos de individualidad. ¿Cuál sería, entonces, la individualidad que a Austin le falta? Porque él insiste en que en esa etapa todavía no podemos hablar de individuo.

Existe un tercer tipo de unidad en el universo físico, además de la unidad material y de la unidad funcional, que es la unidad ontológica, específica o existencial (nuevamente se trata aquí de conceptos levemente distintos cuyo fundamento real es el mismo). Este tipo de unidad es el más básico de todos los modos posibles de la existencia unitaria, y se encuentra presupuesto a toda otra unidad. Unidad que, como veremos, no supone en absoluto la simplicidad o indivisibilidad» (18).

Los conceptos que aparecen como importantes de esta discusión son los siguientes: división, indivisión, individuo, no fusionabilidad, fusión, unidad. Todos y cada uno nos son útiles para determinar desde cuando podemos hablar de la existencia de un ser humano.

(18) LAVADOS M., Manuel y SERANI M., Alejandro. *Ética clínica*. ¿Santiago de Chile?, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1993. Parte VI, Cap. I, pp. 220-222.

Los problemas de hecho son los siguientes:

- Desde que el espermatozoide fecunda el óvulo, el cigoto pasa por una serie de etapas de reproducción celular interna en el que se va subdividiendo en 2, 4, 8, 16, 32, 64 células y así sucesivamente.
- El día catorce de este desarrollo, el cigoto debe anidar en el útero. Si no sucede esto no podrá continuar su ciclo vital y se extinguirá. Cabe, sí, congelar el embrión en el intermedio para que no prosiga la evolución y pueda ser implantado en momento posterior para, así, seguir posteriormente su evolución.
- En torno al día catorce el cigoto puede subdividirse en dos o más embriones que darán a su vez lugar a sendos seres humanos. Por eso se sostiene que el embrión hasta estos días es divisible.
- También en este estadio de desarrollo el cigoto puede fusionarse con otro de manera que dos embriones den lugar a la existencia de una sola persona. Al individuo resultante de esta fusión se le llama *quimera*. De aquí se sostiene que el embrión antes del día catorce no es no fusionable.
- Luego del día catorce, es decir, producido el arraigo en el útero materno, la vida del embrión camina hacia el nacimiento de un nuevo ser humano.

Planteados así los hechos, aparece la siguiente pregunta que antes de la reproducción asistida y sus medios de observación no se podía hacer porque no teníamos posibilidad de constatar estos fenómenos: si el embrión en esta época puede fusionarse o dividirse y dar lugar respectivamente a un sólo individuo a partir de dos embriones, o a más de un individuo a partir de un embrión: ¿cuál es la naturaleza del embrión en ese estadio?

Tenemos que preguntarnos, primero, si hay allí o no un individuo claro y distinto. También tenemos que preguntarnos si hay allí vida humana o si no la hay porque podría ocurrir que no habiendo necesariamente un individuo (o tal vez, pareciendo que no lo hay), hubiera vida humana.

Lavados, en la cita extensa que hemos hecho anteriormente, dice que a pesar de los fenómenos de fusión (19) y división (20) que existen

- (19) Entendemos aquí por fusión el que dos embriones puedan juntarse para que de ellos nazca una sola persona humana. Es el ámbito de las quimeras y los mosaicos. Gafo describe el fenómeno con claridad: *«En relación con la propiedad de la unidad —condición de ser solamente uno— hay que hacer referencia a la existencia comprobada de quimeras humanas; es decir, personas que realmente están constituidas por la fusión de dos cigotos o embriones distintos. No obstante, desde el punto de vista genético, es importante distinguir los conceptos de mosaico y de quimera que algunas veces se utilizan inadecuadamente como sinónimos. Por mosaico se entiende la existencia de más de una estirpe celular en un mismo individuo originadas después de la fecundación por algún fenómeno genético anormal (mutaciones génicas o cromosómicas, etc.), mientras que por quimera se entiende la aparición de líneas celulares distintas originadas a partir de diferentes fuentes de fecundación. En este caso se puede distinguir entre quimeras cigóticas -producidas por la fecundación simultánea del óvulo por un espermatozoide y de un cuerpo polar derivado del mismo ovocito primario por otro espermatozoide, originando un solo individuo— y quimeras postcigóticas producidas por fusión de dos embriones distintos.*

En el primer caso se trataría de la formación de un solo individuo a partir de dos cigotos distintos, mientras que en el segundo caso la fusión sería de dos embriones diferentes a partir de los cuales sólo se originaría un individuo; en cualquier caso, la propiedad de unidad no estaba establecida ni en los cigotos ni en los embriones fusionados. Parece ser que la fusión natural de embriones independientes en mamíferos, incluyendo la especie humana, es difícil, aunque no imposible. Lo que sí parece claro es que tal fusión tiene que producirse obligatoriamente antes de terminar la anidación.

En la especie humana se han descrito ya muchos casos de quimerismo. Normalmente, la existencia de una quimera humana se descubre al constatar la existencia de células con dotaciones cromosómicas sexuales diferentes XX/XY; es decir, el individuo tiene células femeninas y masculinas. Esto hace suponer que puede haber muchos casos de quimeras que pasan inadvertidos por ser los individuos XX/XX o XY/XY. Lógicamente, una vez descubierta la existencia de las dos líneas cromosómicas celulares se realizan estudios inmunológicos complementarios de grupos sanguíneos». (GAFO, Javier (editor) *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986. Parte I, Cap. IV, p. 43).

- (20) Nos referimos por división a aquellos fenómenos en los que un cigoto humano se parte en dos o más embriones generando hermanos gemelos.

con el cigoto humano antes del día catorce, se puede sostener que hay un individuo (21) en cada embrión. Por las definiciones correspondientes, creemos que no puede decirse a ciencia cierta si hay o no un individuo en su sentido de completo e indivisible. En realidad, lo que la ciencia ha hecho es *ver* fenómenos que antes estaban fuera de su vista, pero no ha logrado *entender* qué sucede y porqué sucede. En otras palabras:

- Ningún científico puede explicar porqué ciertos embriones humanos se dividen para dar gemelos. Sabe que sucede, pero no puede explicarlo.
- Ningún científico puede explicar qué pasa en la fusión. Lo cierto es que existiendo rasgos genéticos de un individuo, pueden rastrearse en sus células rastros de otro que ya no existe más. Es interesante que Lavados pueda sostener que en realidad se trata de la muerte de uno de los dos embriones y que es un fenómeno equivalente al de la muerte de una persona, sólo que no se encuentra el cadáver porque todo ocurre en dimensiones celulares.

Al no comprenderse lo que se ve, mal se puede decir si todos y cada uno de los embriones humanos en esta época son individuos o si sólo la mayoría lo son o, siquiera, si todos pueden dar a la vida más de una persona en caso de ser divididos. Como nadie puede responder estas inquietudes con conocimiento de causa en el estado actual del saber, estrictamente hablando nos queda la imposibilidad de responder contundentemente a la pregunta si todos o algunos de los embriones en esta época son individuos.

Sin embargo, esta imposibilidad de respuesta no inhibe la otra pregunta pendiente: ¿este embrión, en este estadio de su desarrollo, es vida

(21) Según el *Diccionario de la Lengua Española*, el concepto de individuo es el siguiente: «*Individuo.- Que no puede ser dividido*». Por consiguiente, si el cigoto humano puede ser dividido, mientras esta virtualidad exista no puede llamarse individuo. El individuo tendrá entonces unidad. El significado del *Diccionario de la Lengua Española* es: «*Unidad.- Propiedad de todo ser, en virtud de la cual no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere*».

humana? Probablemente, en el grado que la ciencia conoce actualmente estos fenómenos, no sea lo mismo hablar de vida humana que de individuo. Es posible que podamos decir que hay vida humana en una célula de la que puedan aparecer dos seres humanos o, a la inversa, que hay vida humana en dos células de las que aparecerá un solo individuo.

Los datos que nos da la observación contemporánea del período inicial del desarrollo celular del resultado de la unión del óvulo y el espermatozoide son los siguientes:

Desde el punto de vista genético, el desarrollo puede definirse como «un proceso regulado de crecimiento y diferenciación resultante de la interacción núcleo-citoplásmica, del ambiente celular interno y del medio externo, de tal manera que en su conjunto el desarrollo constituye una secuencia programada de cambios fenotípicos (de apariencia externa), controlados espacial y temporalmente, que constituyen el ciclo vital del organismo». Es decir, al producirse la fecundación de los gametos se origina un cigoto, que reúne, ya desde el mismo instante de su formación, toda la información genética necesaria para programar la formación del nuevo ser, de manera que, de no mediar alteraciones de cualquier tipo que interfieran con el proceso, a partir del momento que empiece a funcionar el primer gen en dicha célula inicial, única, la programación genética conducirá inexorablemente a la formación del individuo adulto (22).

De esta primera cita puede apreciarse que desde la fecundación, el cigoto cuenta con toda la información que necesita para desarrollar a un ser humano pleno. El propio Gafo indica que pueden mediar alteraciones que interfieran con el proceso de desarrollo, pero es claro que el trayecto completo es en principio continuo. Las etapas que el autor considera son las siguientes:

(22) GAFO, Javier (editor). *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986. Parte I, Cap. IV, pp. 39-40.

«En el análisis de la biología de la reproducción humana es conveniente diferenciar tres etapas que representan situaciones genéticamente (y embriológicamente) muy distintas:

- 1) gametos-fecundación-cigoto,
- 2) cigoto-mórula-blastocisto-anidación y
- 3) anidación-feto» (23).

Sobre la primera etapa dice lo siguiente: «En relación con la primera etapa ya hemos dicho antes que supone un cambio drástico, por cuanto se pasa de la existencia de dos realidades diferentes (los dos gametos) a una nueva realidad única (el cigoto) [...] Incluso en esta primera etapa, que es aparentemente la más clara en la problemática que nos ocupa, hay que señalar que el propio proceso de fecundación es largo y complejo desde que entra la cabeza del espermatozoide en el citoplasma del óvulo hasta la fusión de los dos pronúcleos. ¿En qué momento exacto podríamos hablar ya de cigoto? (24).

La segunda etapa tiene las siguientes características:

La segunda etapa (cigoto-mórula-blastocisto-anidación) es, desde el punto de vista genético, la más crucial en relación con la problemática de la reproducción humana, tanto en el aspecto del aborto como en el de las nuevas técnicas reproductivas que implican la manipulación de embriones, ya que cuestiona la individualización del nuevo ser.

En esta etapa, tras la fecundación del óvulo por el espermatozoide, que ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, el huevo fecundado inicia su camino hacia el útero, a la vez que se va dividiendo, alcanzándolo a los tres o cuatro días y en un estado

(23) GAFO, Javier (editor). *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986. Parte I, Cap. IV, p. 41.

(24) GAFO, Javier (editor). *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986. Parte I., Cap. IV, p. 41.

de 16 ó 32 células (blastómeros), permaneciendo todavía libre dentro del útero por espacio de otros tres o cuatro días. Es decir, a la semana de haber ocurrido la fecundación es cuando el embrión, ya en estadio de blastocisto, comienza a fijarse en las paredes del útero, tardando otra semana aproximadamente en concluir su fijación (anidación). Por consiguiente, puede aceptarse como regla general que la anidación concluye unas dos semanas (catorce días) después de ocurrida la fecundación. La importancia de la anidación en el proceso embriológico es tan grande que, por ejemplo, la Sociedad Alemana de Ginecología considera que el embarazo empieza con el final de la anidación, no con la fecundación (25).

La descripción del proceso hasta este punto, obliga al autor a plantear los problemas de la unicidad y unidad en el desarrollo humano. Dice lo siguiente:

«La individualización de un nuevo ser requiere que se den dos propiedades: la unicidad —calidad de ser único— y la unidad —realidad positiva que se distingue de toda otra; es decir, ser uno sólo—. Pues bien, existe una amplia evidencia experimental que demuestra que estas dos propiedades fundamentales no están definitivamente establecidas en el nuevo ser en desarrollo antes de que termine la anidación» (26).

Y procede a explicarlo de la siguiente manera:

En relación con la unicidad hay que hacer referencia a los gemelos monocigóticos. Aproximadamente uno de cada 89 nacimientos son gemelos, entre los que un 20-30 por 100 son monocigóticos, lo cual da una frecuencia global aproximada de gemelos monocigóticos de un 2 por 1.000. Los gemelos monocigóticos —que es el único caso posible de identidad genética entre los indi-

-
- (25) GAFO, Javier (editor). *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986. Parte I, Cap. IV, p. 41-42.
- (26) GAFO, Javier (editor). *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986. Parte I. Cap. IV, p. 42.

viduos humanos— se forman por la división de un embrión, clasificándose en función de las relaciones entre los fetos y sus membranas: los que se originan por una separación más precoz tienen sus propios amnios y corion, mientras que los que se separan más tardíamente pueden compartir una o ambas membranas. Por consiguiente, se puede establecer una relación entre el tipo de membranas de ambos fetos (monocoriónicos, monoamnióticos o ambas situaciones a la vez) y el tiempo durante el desarrollo en el que ocurrió la separación. Por ejemplo, la formación de los gemelos a partir de la separación de los blastómeros tempranos daría lugar a gemelos dicoriónicos; en cambio, si el embrión se divide al principio de la segunda semana después de la fecundación se formarían casi con toda probabilidad fetos monocoriónicos y diamnióticos. Se estima que dos de cada tres gemelos monocigóticos se originan de esta forma. Cuando el embrión se divide media- da la segunda semana, los gemelos serán monoco-riónicos y monoamnióticos; esto ocurre con muy baja frecuencia. En cualquier caso, la conclusión es evidente: la unicidad del nuevo ser no está fijada durante las etapas de desarrollo embrionario anteriores a la terminación de la anidación (27).

A esto hay que añadir la descripción de las *quimeras* y de los *mosaicos* ya transcrita en una cita anterior y que muestra que dos células pueden reunirse para formar un sólo individuo nacido.

Los testimonios que hemos transcrito extensamente por provenir de las ciencias médicas, indican varias cosas que son relevantes para el Derecho:

- Primero, que existe una continuidad indiscutible en el proceso de constitución de la vida humana desde que dos células, el espermatozoide y el óvulo, se unen y forman una nueva célula que es el cigoto. Hay que anotar dos cosas en este aspecto: primero, que no se puede decir exactamente cuando se ha formado el cigoto. Gafo

(27) GAFO, Javier (editor). *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986. Parte I, Cap. IV, p. 42.

señala al final de una de las citas anteriores que cabe hacerse esa pregunta porque el ingreso del espermatozoide dentro del óvulo no es sino el inicio de un complejo proceso químico que conduce finalmente a la fusión de los dos núcleos celulares y al desarrollo del proceso de reproducción celular que constituirá al nuevo ser humano. Lo segundo que hay que destacar es que espermatozoide y óvulo, cuando se encuentran, son dos células a punto de perecer y, por su unión, se da inicio a un proceso de creación del nuevo ser humano.

Todos estos hechos dan pie a decir que con la unión del espermatozoide y el óvulo se inicia un complicado y largo proceso de nueva vida humana. En el cigoto existen todos los elementos que permitirán que este nuevo ser humano nazca, de no mediar imponderables, desde luego.

- El cigoto normalmente conduce al nacimiento de un ser humano pero, en sus primeras etapas de evolución, puede ser que se divida o se fusione. Esto, como ya hemos visto, impide poder asegurar que hay un individuo en cada cigoto, aunque no conocemos exactamente los aspectos intrínsecos del hecho que los cigotos se subdividan o formen quimeras.
- A partir de la anidación, la unidad, y por lo tanto el individuo, parecen estar fijados definitivamente en el proceso.

Esto nos lleva a la conclusión de que si bien no podemos decir que en todos, o siquiera en algún caso haya individuo en el cigoto, sí podemos decir que existe vida humana. Lo que debe hacer el Derecho, por tanto, es enfrentarse a la pregunta de ¿cómo debe regular esta nueva situación de vida que aparece con la unión del óvulo y el espermatozoide? ¿debe o no dar una protección especial a esta nueva vida humana? ¿la protección de esa vida humana debe ser igual a la de las vidas humanas de quienes ya nacieron?

El proceso vital es un continuo que comienza con un momento en que las condiciones están perfectamente dadas para el autodesarrollo, el que concluye con la muerte que es el momento en que ese proceso llega a su fin. Resulta importante darse cuenta que hay puntos iniciales y pun-

tos finales de la vida de los seres. ¿Cuál es el punto inicial de la vida de un ser humano? Parece evidente que es aquel en el que dos células viejas y a punto de perecer, se unen para formar una nueva célula que inicia un proceso vital de largo plazo. Esta reflexión conduce legítimamente a sostener que es la fecundación el inicio de la vida humana.

A esta conclusión es a la que llega Lavados:

En conclusión, desde el punto de vista de la biofilosofía no existe ninguna razón para poner en duda el hecho de que la vida humana comienza de modo natural y usual, pocos instantes después de la unión física del óvulo con el espermio, siempre y cuando no existan obstáculos al proceso natural. Esto es lo que se quiere decir de modo simple cuando se afirma que la vida humana comienza en el momento de la concepción (28).

En consecuencia, luego de revisar los nuevos conocimientos de la genética humana, y hasta el punto en que ellos han llegado en la actualidad, podemos sostener que es válido decir que la vida humana comienza con la concepción que es, precisamente, lo que el Derecho tradicional decía y que se recoge en el artículo 1 del Código Civil peruano: «[...] *la vida humana comienza con la concepción* [...]». También lo que establece a su manera el Código de los Niños y Adolescentes cuando regla que el niño es todo ser humano desde la concepción, momento a partir del cual goza de todos sus derechos (artículos 1 y 3 del título preliminar del Código aprobado por ley 236102 del 29 de diciembre de 1992).

En este punto, resulta pertinente revisar lo que Herrera plantea en la cita que presentamos a continuación:

Por el contrario, el Informe Warnock mantiene que el embrión no puede ser considerado como persona ni aún potencialmente, mientras que no se implante en el útero, porque no tiene potencia para desarrollarse; por otra parte, hay quien mantiene que al

(28) GAFO, Javier (editor). *Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y Derecho*. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986. Parte VI. Cap. I, p. 224.

embrión no se le puede considerar como titular de derechos y como persona, sino más bien se le puede considerar como una expectativa de vida humana y que tendría aquellos derechos que la Ley le pueda atribuir, y que esos derechos están pendientes de la condición de que nazca, y esos derechos tendrán efectos desde la concepción. Díez-Picazo y Gullón Ballesteros entienden que el concebido no es persona, ni tampoco posee una personalidad especial o limitada. No hay siquiera una genuina igualdad entre el concebido y el nacido; la equiparación es parcial (para los efectos que le sean favorables) y, además, sometida a una *conditio iuris* (que nazca con los requisitos del art. 30); tampoco se le atribuyen derechos ni siquiera de forma condicional. Si el concebido nace con las condiciones del art. 30, se ha de entender que la personalidad la tiene no desde el nacimiento, sino desde la concepción, para todos los efectos favorables. Díez-Picazo entiende que la personalidad tiene que estar ligada a la existencia de vida humana, y que si consideramos al concebido como tal, no hay nada que impida la atribución de personalidad al concebido» (29).

La cita, tanto en su construcción interna como en la variedad de conceptos que maneja, muestra la confusión en la que se puede caer trabajando el tema desde el Derecho. Por ello, hemos creído pertinente aclarar conceptos y circunstancias.

Toda esta larga pero importante conceptualización del tema del momento de la concepción humana, nos permite decir, sin lugar a duda desde nuestro punto de vista, que todo proceso de impedimento del desarrollo del cigoto entre el momento de fecundación del óvulo y la anidación en el útero es pues un atentado contra la vida humana ya existente. Desde luego lo será el abortar un feto viviente, anidado en el útero de la madre. Por consiguiente, todo ello debe estar prohibido y sancionado por el Derecho que respeta la vida humana a través de multitud de normas, la primera de ellas el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución.

(29) HERRERA CAMPOS, Ramón. *La inseminación artificial: aspectos doctrinales y regulación legal española*. Granada, Universidad de Granada, 1991, Parte I, cap. III, pp. 85-86.

En relación a la esterilización humana, ella se produce en el estado actual de la tecnología mediante intervenciones quirúrgicas que impiden el paso del espermatozoides hacia el exterior en el caso del varón, o que impiden el tránsito del óvulo de los ovarios hacia el útero en el caso de la mujer.

Está claro que ambas operaciones alteran funciones esenciales del organismo, que están protegidas por el derecho a la salud integral, que es el concepto que ampara a la integridad física de que habla el artículo 2 inciso 2 de la Constitución. Con estos derechos ocurre que uno tiene *derecho a la integridad física*, pero no *derecho sobre la integridad física*, en el sentido que no se puede disponer de ella pero que sí se la tiene protegida.

Esto se halla ratificado por el artículo 5 del Código Civil que dice:

“Código Civil, artículo 5.- El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6”.

De una rápida lectura del artículo 6, se podrá comprobar que las limitaciones posibles a estos derechos (no a todos, es verdad, lo que constituye una deficiencia técnica del Código que ahora no interesa) sólo pueden producirse en estado de necesidad o en motivos altruistas. Ninguno de ellos aparece cuando se trata de una decisión individual de esterilización.

La propia Ley de Política Nacional de Población, establecía en el artículo VI de su título preliminar:

«Decreto legislativo 346, artículo VI.- La política nacional de población excluye el aborto y la esterilización como métodos de planificación familiar».

Sin embargo, una ley modificatoria del 09 de Setiembre de 1995, que causó gran polémica en el Perú, estableció lo siguiente:

“Ley 26530, artículo único.- Modifícase el artículo VI del Título Preliminar del Decreto Legislativo 346, Ley de Política Nacional de Población, en la siguiente forma:

«Artículo VI.- La Política Nacional de Población excluye el aborto como método de Planificación-Familiar. En todo caso, la adopción de los métodos se basa en el libre ejercicio de la voluntad personal, sin que medien estímulos o recompensas materiales».

De esta manera, el efecto de la modificación fue eliminar la prohibición de la esterilización.

Estimamos que el contenido de este Decreto Legislativo es incompatible con la Constitución en su artículo 2 inciso 1, en la parte que protege la integridad física de la persona. La función corporal de reproducción es esencial a cualquier ser vivo, y con mayor razón en el caso del ser humano. Si los derechos como el de la integridad corporal no pueden ser renunciados, entonces resulta evidente que la libertad no está autorizada en este ámbito y, por consiguiente, una resolución en dicho sentido es jurídicamente nula.

No fue éste el criterio del Tribunal Constitucional que declaró improcedente una acción de inconstitucionalidad presentada contra la ley que comentamos. Sus fundamentos principales fueron:

“Considerando: Que, si bien es cierto que la intención del legislador aporta luces para interpretar leyes oscuras o ambiguas, también lo es que, una vez promulgada, la ley se independiza de las intenciones, tantas veces imprecisas y hasta equívocas, de sus autores, y cobra vida autónoma; que la ley impugnada en estos autos, aunque, de un lado, modifica otra que prohibía, como método de planificación familiar, el aborto y la esterilización, y lo hace suprimiendo la prohibición de la esterilización; de otro, al modificar el texto de la norma precedente, no incluye, expresamente, como método de planificación familiar permitido, la esterilización; Que, en este sentido, independientemente de cuáles hayan sido las intenciones del legislador, la norma atacada no legaliza, expresamente, la esterilización quirúrgica –que es la impugnada y debatida en estos autos– como método de planificación familiar [...]”.

Llama la atención el criterio del Tribunal porque borrar una prohibición de la ley no es sólo «intención del legislador» sino un hecho normativo: la prohibición de la esterilización ya no existe y, por consiguiente, puede ser utilizada. El texto original del artículo VI modificado por la

ley 26530 era, como ya viene dicho: «Artículo VI.- La política nacional de población excluye el aborto y la esterilización como métodos de planificación familiar». Al eliminar la esterilización, entonces la consecuencia es que la política nacional de población ya no la excluye como método de planificación familiar: al no quedar excluida puede ser utilizada (éste fue el sentido, por lo demás, que encontró la Dra. Delia Revoredo Marsano, al emitir su voto singular).

El Tribunal ha incurrido, a nuestro juicio, en el grave error técnico de confundir la «intención del legislador» que es la opinión que éste expresa para proponer una norma, con la modificación misma de la norma que es un hecho autónomo por sí mismo y normativamente exigible (cosa que no ocurre con la opinión del legislador). Son asuntos completamente distintos desde el punto de vista conceptual y, por consiguiente, nuestra opinión es que esta parte de la argumentación dada por la sentencia no debe ser tomada como precedente para casos futuros.

Por lo demás, sólo hay que revisar las noticias de los diarios de los meses siguientes a la aprobación de la ley 26530, para darse cuenta no sólo que la esterilización quirúrgica se utilizó libremente por las parejas sino que, según denuncias de fuentes respetables entre las que se cuenta la misma Iglesia Católica, la esterilización quirúrgica ha sido practicada intensamente y no siempre, según parece, con el libre consentimiento propiamente dicho de las personas, es decir, sin presión.

Finalmente, nada se dice en la sentencia del Tribunal sobre el derecho a la integridad moral, psíquica y física que, por lo demás, es irrenunciable de acuerdo al artículo 5 del Código Civil. El Tribunal, antes de emitir su fallo, debería haber ponderado este derecho en el contexto. La Constitución, como muchas veces ha dicho el propio Tribunal, es un todo que debe ser aplicado integralmente y no por partes.

En síntesis, pensamos que las reglas éticas y jurídicas que guían los aspectos medulares de los sistemas de control de la natalidad son el respeto a la integridad física de las personas desde una perspectiva de salud integral, que excluye la esterilización, y el respeto a la vida humana que comienza en el momento en que fecundado el óvulo por el espermatozoide, se produce una nueva célula que lleva programada genéticamente la vida de un nuevo ser humano y que tiene por tanto, el derecho de pro-

seguir con ese proceso. Excluimos, por consiguiente, todo método que impida continuar su desarrollo al cigoto y, desde luego, cualquier forma de aborto.

41.2 Los deberes entre padres e hijos

La *patria potestad* es una institución del Derecho que con transformaciones significativas pero con unidad de criterio esencial, viene desde Roma. La patria potestad es el poder que los padres tienen sobre los hijos y que tiene la finalidad de socorrerlos, hacerlos crecer y desarrollar. Actualmente, la patria potestad concluye al cumplir el hijo dieciocho años, porque se supone que en dicha etapa de su vida ha adquirido la madurez suficiente para ser plenamente capaz en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes.

La patria potestad es una relación compleja que tiene la finalidad de lograr el desarrollo de los hijos e implica derechos y deberes variados entre padres e hijos. No es este el momento de entrar a un desarrollo extenso de esta temática, propia del Derecho de Familia como parte del Derecho Civil. Su tratamiento legislativo corre entre los artículos 418 y 471 del Código Civil.

De toda esta significativa cantidad de normas, la Constitución rescata dos que son la esencia de la institución: los padres tienen el deber y el derecho de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todo lo que en el ámbito jurídico es a la vez deber y derecho, constituye una atribución discrecional, que quiere decir: se puede ejercitar según el propio criterio, pero no se puede dejar de ejercitar. La patria potestad no es una institución de derecho privado en el sentido que pueda o no obedecerse; por el contrario, desde ese punto de vista es de Derecho público: debe ejercitarse, aunque a discreción.

Por consiguiente las normas plantean que son los padres los que deben atender a sus hijos y que si otro quiere hacerlo, o lo quiere hacer de manera distinta, es la decisión de los padres la que primará.

También quiere decir que los padres no pueden no ejercitar la aten-

ción a sus hijos y que, si descuidan este deber, caen en actuación ilícita (además de antiética, desde luego).

La patria potestad es ejercitada por padre y madre con igual poder de decisión. Dice el Código Civil:

“Código Civil, artículo 419.- La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

En caso de disentimiento, resuelve el Juez del Niño y Adolescente, conforme al proceso sumarísimo”.

Si los padres no están casados, hay reglas especiales (ver el artículo 421 del Código Civil) y si se han separado o divorciado, la situación de los hijos se preverá en la sentencia correspondiente.

El deber de los hijos de respetar a sus padres proviene de absolutamente todas las culturas humanas conocidas, además de estar registrada en todos los principios de ética respetables. El Derecho no hace aquí sino inclinarse ante la evidencia y reconocer el principio natural.

Estas reglas tienen obligatoriedad en el Derecho Internacional. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dice:

“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXX.- Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten».

41.3 La igualdad de derechos de los hijos

Esta norma prohíbe las diferencias que el Derecho estableció en el pasado entre los hijos. De ellas, la más importante y duradera fue la que se refirió a la naturaleza de hijos *legítimos* o *ilegítimos* de que hablaba el Código de 1936, o de *hijos matrimoniales* e *hijos extramatrimoniales* de que habla el Código de 1984. En el primer caso, las normas discriminaban efectos entre unos y otros por decisión del legislador (lo que básica-

mente estaba referido a derechos hereditarios), en tanto que en el segundo caso la diferencia se hace con la finalidad de abordar los distintos problemas que el Derecho debe resolver por la naturaleza de la relación de los padres entre sí y, a partir de ella, por la naturaleza de la relación de los hijos con cada padre y con la pareja.

El principio de la igualdad de derechos de los hijos fue establecido ya en la Constitución de 1979 y a partir de allí, ha regido en todo el Derecho nacional. Esta regla, por lo demás, tiene fuerza obligatoria también en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

“Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25.-

[...]

2.- La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social».

La Declaración Universal focaliza su atención en el derecho a igual protección social que es una norma de carácter integral en beneficio de la no discriminación. Especifica, correctamente, que se trata de no hacer diferencia entre los niños nacidos en matrimonio o fuera de él que es, precisamente, a la diferenciación a que aludía nuestro Código Civil anterior.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice lo siguiente sobre el tema:

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17.-

[...]

5.- La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo».

La prohibición establecida a mencionar el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro

documento de identidad es razonable dentro de esta perspectiva, pues conduce a que los registros oficiales no den razón de la naturaleza de la filiación, ni indicios para deducirla, y así no se discrimine por este concepto a las personas.

Entendemos que analógicamente, esta prohibición se extiende al registro de tales datos en cualquier otro ámbito, público o privado porque existe la misma razón. En consecuencia, ni un organismo público (por ejemplo el registro de personal de un ministerio) tampoco un organismo privado (por ejemplo el registro de socios de un club) pueden mantener este tipo de información. Hacerlo sería ilegal.

La razón que sustenta a estas normas es evidente: los hijos no tienen ninguna responsabilidad en la determinación de la relación que existe entre sus padres en el momento de su concepción. Mal se puede hacer cargar sobre sus hombros una discriminación tan injusta como esa, tanto más si no pertenece a su esfera de acción determinarla.

42. Artículo 7

«Artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

De los elementos de este artículo (hay algunos detalles adicionales en el comentario del artículo 9), sólo la Constitución de 1933 trató el tema y se refirió a las personas con incapacidades:

“Constitución de 1933, artículo 78.- El Estado fomenta y contribuye al sostenimiento de la educación pre-escolar y post-escolar y de las escuelas para niños retardados o anormales”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que funcionan como antecedentes del que comentamos son los siguientes:

“Artículo 15.- Todos tienen el derecho a la protección de la salud integral y el deber de participar en la promoción y defensa de su salud, la de su medio familiar y de la comunidad”.

“Artículo 19.- La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental, tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Las entidades que sin fines de lucro prestan los servicios previstos en este régimen, así como quienes tienen incapaces a su cargo, no tributan sobre la renta que aplican a los gastos correspondientes.

Tampoco tributan las donaciones dedicadas a los mismos fines.”

El artículo 15 de la Constitución de 1979 es antecedente de la primera parte del artículo 7 actual. Con algunas modificaciones en la expresión, las normas tienen igual significado en los dos textos.

A su vez, la segunda parte del artículo 7 de la Constitución de 1993 es idéntica al primer párrafo del artículo 19 de la Constitución de 1979. De aquí puede desprenderse que la protección de los derechos es la misma.

La diferencia está en el tratamiento tributario de quienes trabajan con las personas excepcionales, así como con el tratamiento tributario de las donaciones que benefician a estas personas. La eliminación de los beneficios existentes en la Constitución de 1979, es consistente con el espíritu neoliberal de que no debe existir prácticamente ninguna isla de exoneraciones o exenciones tributarias (las universidades son casi las únicas que quedan en la propia Constitución).

Análisis exegetico

El artículo establece que todos tenemos derecho a la protección de nuestra salud y el deber de contribuir a su promoción y defensa en tres niveles distintos y complementarios:

- En el individuo mismo. Cada uno de nosotros posee dichos derechos y deberes. Ya hemos indicado que existe el derecho a la protección de la salud y no *sobre* la protección de la salud. La diferencia consiste en que tenemos la posibilidad de reclamarlo pero no podemos renunciar a él.
- Algunas dimensiones de la protección de la salud sólo ocurren en el plano familiar. El control de enfermedades hereditarias, los hábitos que permitan prevenir que las enfermedades de unos alcancen a los demás porque en familia se comparten los espacios y las cosas; la prevención de las enfermedades vacunando a los niños; los hábitos de limpieza que evitan que enfermedades peligrosas se afinquen en el hogar, etc.
- Otras dimensiones son de toda la comunidad. Por ejemplo una epidemia, o el control de los gérmenes a través de una adecuada disposición de los desperdicios, o el establecimiento de suficientes centros de atención médica que solucionen los problemas de la población.

En cada uno de estos niveles, tenemos el derecho de que los problemas de salud sean prevenidos y curados. La mejor forma de mantener la salud es no enfermarse y para ello, es muy importante que los tres niveles antes descritos interactúen uno en favor de los otros.

La segunda parte del artículo se ocupa de las personas que sufren incapacidades para velar por sí mismas. Se establece que tiene los siguientes derechos:

- Respeto de su dignidad. Las personas con incapacidades son seres humanos iguales a los otros y, en esa identidad básica, debe respetarse sus limitaciones. Es parte de un esfuerzo cultural que lleve no sólo a una mayor tolerancia y a la ausencia de menosprecio, sino

también que colabore activamente con ellas para que, con el apoyo de todos, puedan superar mejor sus limitaciones y convivir más fraternalmente en medio de todos.

- Un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad, lo que equivale a crear las condiciones para que las personas con incapacidades puedan ser recuperadas de la mejor manera posible para que, así, puedan insertarse en la sociedad.

Esto es muy importante porque las tecnologías modernas han desarrollado, y lo siguen haciendo permanentemente, una gran cantidad de procedimientos capaces de permitir la superación de muchas incapacidades, tanto físicas y motrices como psicológicas.

La misma nomenclatura del problema ha cambiado. La Constitución de 1933 utilizó la nomenclatura de *retardados o anormales* para referirse a ellos. Ahora se habla de *incapacitados*. La diferencia es notable: el retardado o anormal es una persona distinta de las demás. El incapacitado es una persona que sufre limitaciones pero que no es distinta. Esto no es casualidad y obedece a la evolución de la concepción misma de las incapacidades: no es que la mayoría sea normal y una minoría sea incapacitada. Existen promedios que la sociedad reconoce como medidas razonables de las capacidades y habilidades. Quien está por debajo de ese promedio ya no es capaz y quien está por encima está más que dotado. Los llamados incapaces están bastante debajo del promedio humano en ciertas habilidades. Pero es un asunto de rango, no de naturaleza. También la tecnología ha demostrado que con el debido entrenamiento o capacitación, una persona con menores habilidades que el promedio, puede desarrollarlas significativamente, y mucho más que una persona que tiene habilidades naturales no desarrolladas. Al propio tiempo, una persona incapacitada, desarrolla otras habilidades, capacidades y maneras de ser positivas que el promedio de personas no tiene.

Por ello, el preocuparse de conocer y profundizar estas tecnologías de corrección de defectos e inserción social es muy importante como mecanismo de solidaridad dentro de cada sociedad.

La Convención sobre los derechos del niño se ha ocupado del problema de los menores con incapacidades y ha establecido las siguientes disposiciones:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 23.-

1.- Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo, y faciliten la participación activa del niño en la Comundiad.

2.- Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él

[...]».

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha establecido lo siguiente:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 18.- Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:

- a. Ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesarios para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso;
- b. Proporcionar formación especial a los familiares de los minusválidos a fin de ayudarlos a resolver los problemas de convivencia y convertirlos en agentes activos del desarrollo físico, mental y emocional de éstos;
- c. Incluir de manera prioritaria en sus planes de desarrollo urbano la con-

sideración de soluciones a los requerimientos específicos generados por las necesidades de este grupo.

d. Estimular la formación de organizaciones sociales en las que los minusválidos puedan desarrollar una vida plena».

El Protocolo enfoca muchos aspectos fundamentales del tratamiento de los impedidos y son de destacar tres no encontrados en los instrumentos anteriores, ni tampoco en nuestra Constitución:

- a. La necesidad de encontrar formas de inserción de los impedidos en el mercado de trabajo, estableciendo programas laborales adecuados a sus posibilidades, siempre que los acepten sus representantes legales, naturalmente.
- b. Capacitar a los familiares de los impedidos para hacerlos la base misma de su desarrollo. Las técnicas contemporáneas, aprendidas y utilizadas, pueden desarrollar las capacidades en proporciones inimaginables hasta hace tres décadas.
- c. Estimular el establecimiento de organizaciones que se encarguen de los minusválidos dentro de la sociedad civil.

Hay que destacar que todas estas son normas jurídicas de aplicación obligatoria en el Perú y, por consiguiente, es deber del Estado ponerlas en ejecución dentro de los límites financieros de que disponga, según la décimo primera disposición transitoria de la Constitución.

El derecho a la salud en sus diversas dimensiones ha sido destacado por los instrumentos internacionales. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ha señalado:

“Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XI.- Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad».

La importancia de la Declaración consiste en que, correctamente, vincula la salud a la alimentación, el vestido, la vivienda y, recién, a la asistencia médica. Es decir, la salud está preservada por la satisfacción

de ciertas necesidades básicas que, en realidad, constituyen el mínimo razonable de vida humana. Sin ellas, el problema de la salud no tiene solución sino paliativos. La importancia de la seguridad humana mínima que significa la satisfacción de estas necesidades esenciales, se hace patente en este texto, tanto en sí misma como en vinculación con el derecho a la protección de la salud.

La Declaración hace hincapié, también, en que la provisión de los recursos corresponde tanto al Estado como a la comunidad. En el caso del Estado, deberemos tener presente la décimo primera disposición transitoria de la Constitución.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

“Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 12.-

1.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2.- Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad».

El Pacto habla de “... el más alto nivel posible de salud física y mental”, con lo que indica que la salud importante no es sólo la física, y

que lo que se busca con la protección a la salud no es un valor absoluto sino relativo: el más alto posible.

Recogiendo la problemática mundial más dura en materia de salud, su inciso primero pone énfasis de la atención a los concebidos, infantes y niños, que todavía tienen alta tasa de mortalidad antes de llegar al primer año de edad. Este tipo de muerte es enormemente más frecuente en los países subdesarrollados, de donde viene la necesidad de hacer programas especiales para ellos.

El mejoramiento de las condiciones de salubridad en el trabajo ha sido un inmenso objetivo que ha ocupado durante años a la humanidad. Las seguridades que en este sentido se han obtenido en el mundo durante los últimos años han sido significativas y es una labor que se continúa.

La lucha contra las enfermedades epidémicas y endémicas ha llevado ya varios decenios del esfuerzo humano y, gracias a él, algunas de las más terribles prácticamente han desaparecido del planeta. Sin embargo, a ellas se han sumado otras nuevas como el SIDA, que constituyen flagelos antes desconocidos por el hombre, y a nivel planetario.

Buscar que se asegure la atención médica a todos es tarea inmensa y todavía incumplida en el mundo y, también, en países como el Perú. En todo caso, es un objetivo de largo plazo.

Todos estos dispositivos, son normas obligatorias en el Perú. Ocurrir sin embargo que, como la inmensa mayoría de ellos requiere de inversiones enormes y fuera del alcance de la sociedad y del Estado, se deben desarrollar progresivamente. Pero este *desarrollar progresivamente* quiere decir que siempre se debe hacer el esfuerzo de avanzar y no es una justificación para no hacer todos los esfuerzos que sean posibles en cada oportunidad. Este celo cabe, en primer y fundamental lugar, al Estado y su gobierno.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer ha establecido las siguientes disposiciones:

“Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 12.-

1.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia».

Las normas son importantes y se explican por sí mismas. La convención sobre los derechos del Niño también ha establecido reglas que vale revisar:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 24.-

1.- Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios

[...]».

La norma adapta a los niños, disposiciones que ya hemos encontrado como aplicables a todas las personas, independientemente de la edad que tengan.

Finalmente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales dice:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 10.-

1.- Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2.- Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;

b. La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

d. La prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas; profesionales y de otra índole.

e. La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y,

f. La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables».

El Protocolo hace una enumeración bastante completa de las medidas necesarias para la protección de la salud pero, por sobre todo, es importante rescatar su declaración de la salud como un bien público reconocido por los Estados. Esto quiere decir que compete a ellos en magnitud importante, encargarse de su mantenimiento y desarrollo, como ocurre con todo bien público. Sin embargo, esto no disminuye la importancia de los otros dos aspectos de la salud que veíamos al principio: el personal o individual y el familiar.

Finalmente, cabe destacar que en la jurisprudencia constitucional peruana hemos encontrado un caso interesante referido al tema de la protección de la salud, que versa sobre la provisión de agua potable en entornos urbanos. Dice:

“[...] la actora ha sido privada por parte de doña Magda Benigna Cherras de Aguirre del servicio de agua desde el ocho de Mayo de mil novecientos ochentisiete, hecho éste que atenta contra su salud integral como la de su medio familiar, derecho consagrado en el artículo décimo

quinto de nuestra Constitución Política, por lo que en aplicación del inciso vigésimo segundo del artículo veinticuatro de la ley veintitrés mil quinientos seis y no habiendo la demandada acreditado lo contrario. El Tercer Juzgado Civil del Callao: FALLA: declarando FUNDADA la demanda [...]”. (Resolución del Tercer Juzgado Civil del Callao del 17 de julio de 1987, en la acción de amparo interpuesta por Violeta Sánchez García contra Magda Cherres de Aguirre).

Este caso plantea una arista del derecho a la salud que normalmente no ha sido abordada: la privación del servicio de agua potable a un inquilino afecta este derecho constitucional. Puede verse a partir de esta resolución que la salud comprende no sólo aspectos esencialmente individuales, sino también otros referidos a las relaciones sociales.

Aún cuando esta resolución corresponde a las normas de la Constitución de 1979, consideramos que puede ser perfectamente aplicada en virtud de la primera parte del artículo 7 de la Constitución de 1993 que, con texto distinto, recoge en esencia el mismo derecho.

El derecho a la salud ha sido desarrollado en el Perú por la Ley 26842, Ley General de Salud, promulgada el 15 de julio de 1997. Esta ley es complementada por el Código de Principios Generales de Higiene aprobado por Resolución Ministerial 535-97-SA/DM promulgada el 28 de noviembre de 1997.

43. Artículo 8

«Artículo 8.- El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El texto correlativo de la Constitución de 1979 era el siguiente:

“Artículo 17.- El Estado reglamenta y supervisa la producción, calidad, uso y comercio de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos. Combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas”.

Ambas Constituciones comprometen al Estado a combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas lo que es declarativamente positivo en un país asolado por el narcotráfico en sus diversas manifestaciones. Fuera de esta coincidencia, aparecen dos diferencias entre ambas Constituciones:

- La de 1979 establecía que el Estado reglamentaba y supervisaba la producción, calidad, uso y comercio de diversos productos. Esta labor de supervisión y regulación, coherente con el principio neoliberal del Estado que se halla impreso en la Constitución, debería haber sido reconocida al Estado. Probablemente, se ha preferido eliminarla para no dar fundamento constitucional a la intervención en las industrias que producen estos bienes.
- La segunda diferencia consiste en que la Constitución de 1993 establece una regulación específica de los tóxicos sociales, cosa que no hacía la de 1979. Es una declaración positiva que debería traducirse en normatividad que controle su utilización indiscriminada, en los varios sentidos que puede llegar a tener esta expresión cuando hablamos, por ejemplo, de tabaco o alcohol.

Análisis exegetico

Dos partes distintas tiene este artículo: en la primera se establece los términos de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas: el Estado debe combatirlo y sancionarlo. En la segunda parte se trata de la regulación de los tóxicos sociales que son drogas cuya producción, distribución y consumo están autorizados en la vida cotidiana.

43.1 El tráfico ilícito de drogas

El tráfico ilícito de drogas consiste en la actividad ilícita de producción, transformación, distribución y consumo de drogas prohibidas por la legislación vigente, así como en las operaciones financieras que incorporan el dinero mal habido en el sistema económico y que se denominan usualmente *lavado de dinero*. Es considerado un delito y, por consiguiente, cada una de estas actividades está detalladamente tipificada en la legislación, desagregada en numerosos tipos que figuran en el Código Penal a partir del artículo 296.

Uno de los temas que se discutió en el Perú a propósito de la elaboración penal del delito de tráfico ilícito de drogas, fue el de si se penalizaría o no el cultivo de hoja de coca. Aquí la opinión del Dr. Lamas Puccio sobre el tema:

En cuanto a la promoción o favorecimiento del cultivo de la planta de coca, conforme a lo aparecido en el Código Penal publicado inicialmente se deducía la penalización de estas actividades hasta con pena privativa de la libertad no menor de ocho años [...], sin embargo, conforme a la rectificación suscitada algunos días después, definitivamente se excluyó de este artículo el cultivo de esta planta como objeto de sanción penal.

Considero particularmente que hubiera sido un gran error el criminalizar el cultivo de la hoja de coca en nuestro país, como lo había hecho la legislación de la materia hasta la promulgación del Código. Dada la complejidad del problema de los cultivos ilegales, es de suponer que la penalización del cultivo, a lo único que hubiera contribuido, habría sido a agudizar aún mucho más los conflictos con los cocaleros, sobre todo si se tiene en consideración, la existencia de un convenio marco con los Estados Unidos respecto a la cooperación en el tema de la sustitución de cultivos (30).

Cuando se trata del combate y de la sanción al tráfico ilícito de drogas, se toca el derecho a la salud, perjudicado dramáticamente por él, en formas que no es necesario detallar en un trabajo como éste.

Sin embargo el tráfico ilícito de drogas no se agota allí. Es un fenómeno dañino para la sociedad en su conjunto y en muy diversas dimensiones:

- Desalienta el acceso legal a los recursos económicos porque tiene ingentes cantidades de recursos con los cuales emplear a miles de personas con ingresos comparativamente más elevados. En otras

(30) LAMAS PUCCIO, Luis. *El tráfico ilícito de drogas en el nuevo Código Penal*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, s.f., pp. 21-22.

palabras, es un agente eficaz de incorporación de amplios sectores de la población al delito.

- Establece numerosos grupos de personas que actúan con los procedimientos propios de la mafia.
- Corroe la conciencia social por la gran cantidad de recursos que emplea en sobornos.
- Mina, si no destruye, la estructura organizada de negocios lícitos de un país para la obtención de divisas.
- Tecnifica a la delincuencia a niveles imprevisibles, incrementando la violencia delictiva común.
- Suele establecer alianzas perversas con los movimientos subversivos, potenciando su poder y el de ellos.

Por ello, el narcotráfico debe ser drásticamente combatido. En una investigación sobre violencia realizada en los seis países andinos, se llegó a las siguientes conclusiones sobre estrategia de pacificación en relación al tráfico ilícito de drogas:

El tráfico ilícito de cocaína es un problema de violencia que afecta muy seriamente a Colombia, Perú y Bolivia; pero sus efectos empiezan a sentirse en menor grado en los otros tres países (fundamentalmente como lugares de paso o de lavado de dinero).

El primer punto importante en relación al narcotráfico es su dimensión de problema internacional, en el cual son responsables todos los países en los procesos organizados por las mafias, desde el cultivo de la hoja de coca de manera ilegal, hasta el lavado de dinero en aquellos lugares en los cuales no hay consumo de drogas. El problema no está solamente en los polos de producción y consumo y, mucho menos aún, en uno solo de ellos.

Primero hay que enfrentar y disminuir el consumo. Después el combate central debe ser focalizado en el tráfico ilícito, que recorre el tramo entre zona de producción y zona de destino. Control de insumos, de vuelos ilegales de avionetas, de lavado de moneda extranjera, son algunos de los tópicos que deben recibir particular atención. Productor y consumidor son los polos del eje central de la política realista emprendida contra la violencia de las drogas.

No hay que olvidar que el productor es un serio problema social a ser encarado. No se trata de concluir con el tráfico ilícito en el corto plazo (cosa que, desde luego, tampoco puede ser hecha de esa manera). Se trata de empeñarse en un proceso de desarrollo alternativo mucho más complicado que la erradicación de cultivos ilegales y su sustitución por otros legales. La sustitución de cultivos sólo es útil si está enmarcada en un proyecto de desarrollo mayor que incluya el acceso a los grandes mercados del primer mundo, ahora cerrados a los productos del área andina en muchos rubros que podrían ser útiles en el proceso de sustitución.

Otras medidas propuestas aquí, como por ejemplo el control de la venta de armas, pueden ayudar a frenar la fuerza del tráfico ilícito de cocaína en nuestros países (31).

Desde que estas recomendaciones fueron escritas algunas cosas se han modificado en la realidad del tráfico ilícito de drogas, particularmente una pronunciada crisis del precio de la hoja de coca en los lugares de producción (no acompañada de una reducción del precio de la cocaína en los lugares de consumo), y un mayor celo tanto de los países productores como de los consumidores por lograr controlar el tráfico en sus diversos segmentos. Pero, indudablemente, lo esencial de esas recomendaciones sigue vigente porque la naturaleza del problema no ha cambiado y porque el tráfico ilícito no ha reducido tampoco sus niveles de manera dramática, con lo que sigue siendo un flagelo en todos aquellos lugares en los que se asienta.

El Decreto Legislativo 824, 23 de Abril de 1996 denominado Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, ha establecido el marco general de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas. Crea la COMISIÓN DE LUCHA CONTRA EL CONSUMO DE DROGAS, «CONTRA-DROGAS» como ente rector encargado de diseñar, coordinar y ejecutar

(31) MAC GREGOR S.J., Felipe y RUBIO CORREA, Marcial. *Estrategias de pacificación*. En MAC GREGOR, S.J., Felipe (Editor). *Violencia en la Región Andina*. Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1993, pp. 168-169.

de manera integral las acciones de prevención contra el consumo de drogas (artículo 1).

También establece las funciones que cabe cumplir a la Policía Nacional en la prevención, investigación y combate del delito de tráfico ilícito de drogas (artículo 5) y los beneficios procesales y penitenciarios excepcionales de exención de pena, remisión de pena e indulto, según las circunstancias en las que cabe o no concederlos.

Entre los procedimientos de investigación, se establece dos especiales denominados «remesa controlada» y «agente encubierto» que serán autorizados por el Ministerio Público (artículo 28). Son formas de trabajo de inteligencia dentro de la organización de tráfico ilícito.

Finalmente, la ley contiene normas de naturaleza probatoria en el juicio que garantizan el anonimato de las personas que participen en estos procedimientos especiales, dando plena validez a la declaración que haga el Ministerio Público al respecto.

Son disposiciones que, adecuadamente aplicadas, pueden colaborar a perseguir eficientemente el delito, al tiempo que se preserva adecuadamente los derechos humanos de los presuntos implicados.

El tema del tráfico ilícito de drogas tiene un profuso tratamiento en instrumentos internacionales que se remonta a los primeros decenios del siglo XX. Sin embargo, en los tratados que hemos venido utilizando y que tratan de los derechos del ser humano, la norma que tiene que ver con este tema es la siguiente:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 33.- Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a los niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias».

La norma es completa en nuestro criterio, porque pretende proteger al niño no sólo del consumo, sino también de la posible utilización que

se haga de él en el tráfico ilícito mismo, fenómeno desgraciadamente frecuente porque da impunidad.

43.2 Regulación del uso de los tóxicos sociales

Existen drogas que tienen circulación en la sociedad porque su consumo es tolerado, independientemente de los efectos nocivos que producen. En algunos casos, la tolerancia se produce porque tienen efectos benéficos, como es el caso de ciertos medicamentos. En otros casos se permiten por una tradición de consumo, porque los intereses de quienes lucran con ellos son inmensamente poderosos (por ejemplo el tabaco), o porque la sociedad ha llegado a la conclusión de que la proscripción trae peores consecuencias que la permisividad (caso del alcohol y, particularmente, de la experiencia de la *Ley Seca* norteamericana vigente entre 1920 y 1933 en virtud de la existencia de la décimo octava enmienda de la Constitución).

Sin embargo, estas drogas no circulan con total libertad en la sociedad. Las principales restricciones son:

- En el caso de los medicamentos que contienen drogas, que requieren de una receta médica para su adquisición. La primera norma sobre este aspecto fue la ley 4428 del 26 de noviembre de 1921. Una Resolución Suprema emitida el 17 de marzo de 1945, estableció las formalidades que debía reunir el recetario oficial para la autorización del consumo de sustancias estupefacientes.
- En el caso del tabaco, existe la Ley 25357 del 26 de noviembre de 1991, que establece las siguientes disposiciones respecto del consumo de esta droga:

«Ley 25357, artículo 1.- Prohíbese fumar en espacios cerrados de uso público».

«Ley 25357, artículo 2.- Compréndase en esta norma los espacios de instituciones públicas, espacios públicos de instituciones privadas y los medios de transporte que brinden servicios públicos».

«Ley 25357, artículo 6.- Autorízase a las municipalidades del país,

para que a solicitud de parte y por excepción los establecimientos públicos como privados que se indican en esta Ley puedan habilitar ambientes para fumadores».

« Ley 25357, artículo 7.- En la parte exterior de las cajetillas de cigarrillos, cigarros, bolsas de tabaco, o de cualquier empaque o envoltura que los contenga, se consigne en un lugar visible y en caracteres claramente legibles, la frase: «FUMAR ES DAÑINO PARA LA SALUD», «ESTA PROHIBIDO FUMAR EN LUGARES PUBLICOS, SEGUN LA LEY n. ...».

Por su parte, la ley 26849 del 23 de julio de 1997 ha prohibido la venta y publicidad directa o indirecta de productos elaborados con tabaco como cigarrillos, puros, cigarros o bolsas de tabaco en los lugares a los que se refiere la ley 25357. También prohíbe la publicidad directa de dichos productos en los centros educativos de cualquier nivel o naturaleza, así como en sus alrededores en un radio de quinientos metros.

Por su parte, el inciso 2 del artículo 450 del Código Penal, considera una falta reprimible con prestación de servicio comunitario de diez a treinta jornadas, al que en establecimientos públicos o en lugares abiertos al público, suministra trabajo a menores de edad.

- Finalmente, respecto del alcohol, el mismo inciso 2 del artículo 450 del Código Penal establece sanción por falta a quien suministra bebidas alcohólicas a menores de edad en establecimientos públicos o en lugares abiertos al público, con prestación de servicio comunitario de diez a treinta jornadas.

En otros casos, haber bebido alcohol tiene influencia en el agravamiento o atenuación de la culpabilidad delictiva, según casos y situaciones que no corresponde tratar aquí.

En general, la tolerancia al alcohol es bastante grande si tenemos en cuenta los daños que produce. Este pasaje es bastante indicativo:

“La violencia relacionada al componente psicofarmacológico está presente en el Perú asociada, como ocurre en otros países, funda-

mentalmente con el consumo del alcohol. Fuentes policiales confiables señalan que para los casos de violencia sobre la mujer menos de un 30% se llevan a cabo por sujetos sobrios (estado ecuánime, como aparece en los partes policiales). Los reportes estadounidenses, con controles adecuados, señalan que pese al consumo elevado de drogas peligrosas el alcohol sigue siendo, de lejos, la sustancia más usada por sujetos que cometen actos violentos” (32).

44. Artículo 9

«Artículo 9.- El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Fruto del constitucionalismo social, sólo las Constituciones de 1920 y de 1933 consideran reglas referidas al tema del artículo que comentamos:

“Constitución de 1920, artículo 55.- El Estado establecerá y fomentará los servicios sanitarios y de asistencia pública, institutos, hospitales y asilos y cuidará de la protección y auxilio de la infancia y de las clases necesitadas”.

“Constitución de 1933, artículo 50.- El Estado tiene a su cargo la sanidad pública y cuida de la salud privada, dictando las leyes de control higiénico y sanitario que sean necesarias, así como las que favorezcan el perfeccionamiento físico, moral y social de la población”.

(32) APEP. *La información y opinión sobre el narcotráfico en el Perú*. En VARIOS AUTORES. *Violencia en la Región Andina*. Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz -APEP-, 1993, p. 194.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Decía la Constitución de 1979 al respecto:

“Artículo 16.- El Poder Ejecutivo señala la política nacional de salud. Controla y supervisa su aplicación. Fomenta las iniciativas destinadas a ampliar la cobertura y calidad de los servicios de salud dentro de un régimen pluralista.

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. La ley norma su organización y funciones”.

Las dos primeras normas del artículo 16 de la Constitución de 1979 puede decirse que se hallan recogidas en el artículo 9 que comentamos ahora y de manera casi textual. La tercera referida a las iniciativas destinadas a ampliar la cobertura y calidad de los servicios, ha sido sustituida por otra más precisa según la cual la política nacional de salud debe ser diseñada y conducida en forma plural y descentralizadora, dos imperativos muy importantes.

Sin embargo, las normas referentes al sistema nacional descentralizado y desconcentrado de salud no tiene partida de reconocimiento en el texto de la Constitución de 1993. Corresponde al espíritu neoliberal predominante en el Congreso, consistente en reconocer el menor campo posible a la actividad de promoción de bienestar del Estado, a la que se acusa de haber llevado al colapso las economías de nuestros países en la década de los años ochenta.

Análisis exegético

Las personas tenemos derecho a la protección de nuestra salud individual, familiar y colectiva según el artículo 7. Como todos los derechos de esta naturaleza, es también el deber de promoverla y defenderla.

Pero, a la misma vez, la promoción de la salud es una de las áreas de actuación directa del Estado según el artículo 58 de la Constitución.

Esto es perfectamente entendible, además, en un país de pobreza extendida y de grandes necesidades insatisfechas en esta materia, como es el caso del Perú.

Entonces, si bien este artículo no establece un derecho en el sentido estricto de la palabra, sí regula los deberes del Estado en esta materia. Las responsabilidades que le asigna son las siguientes:

- Determinar la política nacional de Salud.
- Supervisar y normar su aplicación a través del Poder Ejecutivo.
- También el poder Ejecutivo asume la responsabilidad de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar el acceso equitativo a todos.

La política nacional de salud consistirá en los grandes lineamientos de estrategia y de acción que se propone el país para enfrentar los problemas más graves de la salud en el país. Es determinada por el Estado como conjunto, aunque en el mismo artículo se dice que el Poder Ejecutivo tiene en relación a ella las funciones de diseñarla, conducirla y normar y supervisar su aplicación. Probablemente el silencio sobre la aprobación querrá decir que corresponde al Congreso, aunque no es la única interpretación posible. Sí creemos, en cambio, que sería deseable que la representación parlamentaria discutiera plural y extensamente los aspectos centrales de dicha política, para su mayor cobertura y mejor diseño.

Indudablemente, el Poder Ejecutivo actuará aquí a través del Ministro de Salud que es la autoridad máxima en el ramo. A él, apoyado por el aparato burocrático del Ministerio corresponderán la formulación de las decisiones, su ejecución y control.

Los elementos que intervienen en la política nacional de salud, hasta donde puede deducirse del texto de la Constitución son el pluralismo y la descentralización y ambos tienen por finalidad el acceso equitativo de todos.

El diseño y conducción plural hace referencia al principio establecido en la primera parte del artículo 60 de la Constitución: "El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa".

En efecto, el Estado diseñado por la Constitución no tiene como funciones centrales las de ejecutar directamente, sino las de normar, controlar, realizar ciertas actividades directas en algunos campos específicos (la salud es uno de ellos) y dejar la actividad fundamentalmente al ámbito privado. Este actuará en ámbitos como el de salud bien por solidaridad, bien por lucro.

Como en el ámbito de la salud corresponde que trabajen directamente Estado y particulares, entonces el pluralismo quiere decir que habrá coexistencia de instituciones dedicadas al tratamiento de la salud de los dos ámbitos: público y privado. En este sentido, puede decirse también que el sector privado tiene el derecho de establecer instituciones de atención de la salud y que el sector público no puede copar esta actividad.

El principio de descentralización alude a la necesidad de dar cobertura de salud a todo el territorio nacional, lo que resulta indispensable porque la oferta del servicio está inmensamente concentrada en Lima y, en segundo lugar, en otras ciudades del país. El ámbito rural en el que viven siete millones de personas está prácticamente desatendido y muchos poblados pequeños también. Es obvio que parte fundamental del gasto del Estado en Salud tendrá que atender estas necesidades a las que, normalmente, no acude el sector privado por su baja rentabilidad.

Tanto el pluralismo como la descentralización, se complementan para lograr un acceso más equitativo a la salud de toda la población. El pluralismo porque, al haber instituciones gratuitas o de bajo costo del Estado, se permite el acceso de quienes no pueden pagar las tarifas de la atención privada. La descentralización, porque si se hace con eficiencia, permitirá la existencia de servicios médicos en muchos lugares en los que ahora no existen.

El acceso equitativo a los servicios de salud debe entenderse como la satisfacción de la necesidad de salud de cualquier persona, al margen de su capacidad económica y de la posibilidad de pagar el servicio que se le de. Pero también quiere significar calidad en el servicio al margen de si es proporcionado por el Estado o por particulares, en los grandes centros o en las zonas periféricas. La equidad del acceso requiere tanto calidad como cobertura y, en este sentido, es también un derecho de rango constitucional establecido por este artículo.

A los servicios de salud del Estado habrá que aplicar la décimo primera disposición transitoria que indica que las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

45. Artículo 10

«Artículo 10.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Sólo las Constituciones de 1920 y de 1933 traen antecedentes sobre este tema que, desde luego, era aún bastante novedoso en su época para el constitucionalismo en general. Las reglas que estableció la Constitución de 1920 son las siguientes:

“Constitución de 1920, artículo 47.- El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene.

La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país.

Es obligatoria la indemnización de los accidentes del trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen”.

Fue bajo la Constitución de 1933 que se estableció el sistema de seguridad social nacional. La Constitución dijo:

“Constitución de 1933, artículo 48.- La ley establecerá un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte; y fomentará las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de ahorros y de seguros, y las cooperativas”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 decía al respecto:

“Artículo 12.- El Estado garantiza el derecho de todos a la seguridad social. La ley regula el acceso progresivo a ella y su financiación”.

“Artículo 13.- La seguridad social tiene como objeto cubrir los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquiera otra contingencia susceptible de ser amparada conforme a ley”.

En la primera parte del artículo 10 bajo comentario, correspondiente al artículo 12 de la Constitución de 1979, la diferencia del verbo con el que el Estado actúa en la seguridad social es bastante grande: en la Constitución de 1979 el Estado *garantizaba* a todos el derecho a la seguridad social. En la Constitución de 1993 el Estado *reconoce* el derecho *universal y progresivo* de toda persona a la seguridad social. En la Constitución de 1979 el Estado asumía el compromiso de dar a todos seguridad social. En la de 1993 reconoce el derecho de todos, de acceder pero sólo progresivamente a dicho beneficio.

La segunda parte del artículo 10 se refiere en general a *protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida*. La Constitución de 1979 era bastante más explícita en el artículo 13 al especificar la cobertura de riesgos *de enfermedad, maternidad, invalidez, desempleo, accidente, vejez, muerte, viudez, orfandad y cualquier otra susceptible de ser amparada conforme a ley*”. Enumeraba ciertos riesgos y preveía la posibilidad de incorporar otros.

Siendo más precisa y detallista, la Constitución de 1979 era tal vez menos realista que la de 1993 frente a las posibilidades de cobertura de riesgos en la sociedad. La Constitución actualmente vigente, de otro lado, puede permitir tanto concentrar los recursos disponibles en la mejor cobertura de menos riesgos, como en la cobertura gruesamente similar de menor número de riesgos, y esto último conduciría a disminuir los recursos utilizables en seguridad social. De cuál alternativa se elija, habrá que preguntar al desarrollo de los hechos.

Análisis exegetico

La seguridad social es creación de este siglo y, más específicamente, de la época de la Gran Depresión de los años treinta. Parte del principio económico que gana legitimidad justo en aquel tiempo: si se mantiene en el mercado de consumo a los trabajadores que dejan de recibir ingresos, ello contribuye a mantener en funcionamiento a la economía en su conjunto. En otras palabras, había que crear un sistema por el cual el consumidor que podía dejar de serlo, reingresara al mercado con una subvención. Al propio tiempo, se estableció la conveniencia de que aquél trabajador que sufría una incapacidad para trabajar por razones de salud, pudiera ser recuperado a sus labores con un sistema de prevención y de curación socialmente establecido.

Lo importante de la seguridad social es que no se fundamenta en el esfuerzo individual para solucionar el problema individual. Por el contrario, crea mecanismos sostenidos por la sociedad en su conjunto, que con un aporte comparativamente reducido y razonable de cada uno de quienes trabajan, puede solucionar los problemas de quienes salen del circuito económico. Esta es una versión tremendamente simplificada de la complejidad económica y financiera de todo el mecanismo, pero no deja de ser cierta en lo fundamental.

Desde luego, la visión que hemos dado da una impresión de pragmatismo y de poco sentido solidario que no se condicen con una pensión de desempleo o de incapacidad física para el trabajo. Y es que, además de estas finalidades sociales de mantener el sistema económico en movimiento (que no son objetivos desdeñables, desde luego), está el hecho de que la seguridad social soluciona los problemas de muchas personas que, si no fuera por ella, quedarían en total desamparo. Este es el indiscutible lado humano del sistema que, sin embargo, no puede acallar la existencia de las otras finalidades indicadas anteriormente.

De esta manera, la seguridad social tiene dos finalidades complementarias e indesligables: mantener en funcionamiento el sistema económico evitando que salgan de él muchas personas por diferentes razones que van desde la edad hasta los accidentes de momento, y solucionar los problemas de posible abandono que sufrirían esas personas desde el punto de vista individual.

Por ello, no dejan de ser ciertas las dos afirmaciones finales del artículo 10: la seguridad social protege frente a las contingencias y eleva la calidad de vida de los beneficiarios.

Desde el punto de vista de las personas, el artículo 10 establece el derecho progresivo de todos a la seguridad social. La elaboración del texto es muy cuidadosa porque, indudablemente, camina sobre un borde demasiado estrecho: hay un inmenso número de personas que necesitarían seguridad social y no la tienen, y hay algunos que la tienen y la pagan, pero no pueden soportarla en beneficio de todos. Este es uno de los problemas más graves que afronta la seguridad social en todo el mundo: sus costos son crecientes y, por razones distintas en el primer y tercer mundo, lo que se colecta para ella no alcanza a cubrir los egresos.

En el primer mundo ello ocurre, principalmente, porque la estructura de edades de la población está invertida: hay muchas personas mayores y comparativamente menos jóvenes. Adicionalmente, en las últimas dos décadas se ha producido un fenómeno de constante incremento del desempleo y subempleo. Esto lleva a que, con el tiempo, quienes trabajan y aportan a la seguridad sean comparativamente menos que quienes reciben beneficios de ella, y que esta relación vaya disminuyendo cada vez más. Por consiguiente, son menores los ingresos y mayores los gastos. El resultado es el alza del valor de las cuotas que se paga y, paralelamente, la disminución de los servicios y del monto de las pensiones que se pagan. Este es un proceso generalizado en los países desarrollados desde hace varios años.

En los países subdesarrollados el problema es distinto: la parte de la población económicamente activa propiamente empleada es comparativamente muy reducida en relación al total y, por consiguiente, son muchos menos aún los que aportan a la seguridad social. En realidad, del universo total de posibles beneficiarios, los aportantes son bastante pocos. Esto hace que, en la práctica, la seguridad no pueda beneficiar a todos los que la necesitan y, en realidad, que no pueda beneficiar a los que más la necesitan.

Por ello, en nuestro caso, la Constitución está elaborada con la cautela de reconocer el derecho de todos a la seguridad social, pero al mismo tiempo anunciando que el acceso será progresivo.

Las contingencias que considera la ley peruana son las de invalidez, jubilación, sobrevivencia (viudez, orfandad y ascendientes) así como el capital de defunción (Decreto Ley 19990 del 24 de abril de 1973 que, con innumerables modificaciones, sigue siendo aún la ley de base de nuestro sistema). Esta disposición debe ser concordada con el Decreto Ley 22482 del 27 de marzo de 1979, que extiende la seguridad social a la familia del asegurado y a los trabajadores independientes.

La seguridad social tiene reconocimiento extenso en los instrumentos internacionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

“Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 22.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

Es un reconocimiento global, pero fundamental en el instrumento por antonomasia de los derechos humanos contemporáneos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

“Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 9.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre trae la siguiente norma:

“Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XVI.- Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

A diferencia de los dos instrumentos anteriores, la Declaración Americana establece ciertos ámbitos específicos de protección: desocupación, vejez e incapacidad. Cada uno de estos conceptos da pie al establecimiento de una pensión correlativa.

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dictado normas aún más detalladas:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 9.-

1.- Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicables a sus dependientes.

2.- Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto».

Un breve resumen ordenado de su contenido es el siguiente:

- Establece protección por contingencias de incapacidad física o mental para laborar y obtener sus medios de subsistencia decorosa.

Se refiere esta protección a los casos en los que el trabajador no podrá seguir laborando por presentarse una contingencia de salud que se lo impide y que no está vinculada directamente al trabajo que realiza. En estos casos, la seguridad deberá proveerlo de medios de subsistencia.

- En el caso de trabajadores, la seguridad cubrirá la atención médica y la jubilación o el subsidio para accidentes de trabajo o enfermedad profesional.

Esta protección se refiere al caso en que el trabajador deba cesar temporal o definitivamente de trabajar por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, es decir, por daños a la salud que provengan de las labores que estuvo realizando. En estos casos, se dará atención médica y subsidio o jubilación, según sea el caso.

- En el caso de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

La mujer que trabaja tiene derecho a un tiempo antes y otro después del parto, en los que recibe subsidio de la seguridad social y no asiste al trabajo porque cuenta con una licencia específica, reconocida por las normas jurídicas. En el Perú la duración de esta licencia es de cuarenticinco días antes y cuarenticinco días después del parto según la ley 26644 del 25 de junio de 1996.

- Si el beneficiario muere, las prestaciones de seguridad se trasladan a sus dependientes.

Consiste en la extensión de los beneficios de las prestaciones a los dependientes. Esto ocurre en ciertas prestaciones (como por ejemplo en las pensiones de sobrevivencia de nuestro sistema), pero en otras no. Cada norma determina el régimen aplicable.

Desde luego, el tratamiento del tema de la seguridad social ha sido extenso en los trabajos de la Organización Internacional del Trabajo. Sin embargo, lo sustantivo ha sido expresado en estas páginas, según nuestro entender.

46. Artículo 11

«Artículo 11.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Una norma vinculada al tema de este artículo, y la única que hemos ubicado, es ésta de la Constitución de 1920, bastante moderna para su tiempo por la institucionalidad que parece elegir:

“Constitución de 1920, artículo 56.- El Estado fomentará las instituciones de previsión y de solidaridad social, los establecimientos de ahorros, de seguros y las cooperativas de producción y de consumo que tengan por objeto mejorar las condiciones de las clases populares”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El texto de la Constitución de 1979 que obra como antecedente de esta norma es el artículo 14:

“Artículo 14.- Una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y con fondos y reservas propios aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, tiene a su cargo la seguridad social de los trabajadores y sus familiares. Dichos fondos no pueden ser destinados a fines distintos de los de su creación, bajo responsabilidad.

La institución es gobernada por representantes del Estado, de los empleadores y de los asegurados en igual número. La preside el elegido entre los representantes del Estado.

La asistencia y las prestaciones médicoasistenciales son directas y libres.

La existencia de otras entidades públicas o privadas en el campo de los seguros no es incompatible con la mencionada institución, siempre que ofrezcan prestaciones mejores o adicionales y haya consentimiento de los asegurados. La ley regula su funcionamiento.

El Estado regula la actividad de otras entidades que tengan a su cargo la seguridad social de los sectores de la población no comprendidos en este artículo”.

La diferencia de aproximación al problema institucional de quien presta seguridad social es clara: la Constitución de 1979 sustentaba el sistema en el Instituto Peruano de Seguridad Social y permitía que subsidiariamente otras entidades públicas o privadas del campo de los seguros prestaran servicios mejores o adicionales con consentimiento de los asegurados.

La Constitución de 1993, en cambio, hace que el Estado garantice acceso a la seguridad social a través de entidades públicas, privadas o mixtas. El Estado no aparece aquí tanto en función de prestador del servicio, sino como el gran contralor: “*Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento*” dice la parte final del artículo.

También la Constitución de 1979 regulaba con mayor detalle la manera cómo estaría constituido el órgano público encargado de la seguridad social. La de 1993 simplemente indica que podrá haber uno. Será la ley la que determine su estructura orgánica.

Estas diferencias corresponden al espíritu general del constituyente de 1993, más próximo a la privatización de las actividades económicas en general y a la reserva excepcional de ellas para el Estado.

Análisis exegético

Las prestaciones de salud y las pensiones por contingencias, son la esencia de la seguridad social. Lo que en este artículo se establece es que el Estado asume dos funciones: prestar los servicios y supervigilar.

La prestación de servicios por el Estado se hará a través de las instituciones públicas y de las mixtas. El sector privado colaborará a través de las mismas instituciones mixtas (que tienen coparticipación de capital público y privado), y a través de las instituciones que el mismo sector privado establezca a su entero riesgo.

Por otra parte, el Estado se reserva exclusivamente la supervisión del eficaz funcionamiento de todo tipo de instituciones que trabajen en el área de seguridad social.

En este aspecto, el constituyente ha optado por un modelo mixto de Estado:

- De un lado, norma y supervisa, es decir, ejerce el control de las actividades que realiza el sector privado. Esta es una visión puramente liberal del Estado.
- De otro lado, puede participar directamente en la prestación de los servicios, bien a través de entidades propias (33), bien a través de entidades mixtas. Esta es una visión de Estado de Bienestar que presta servicios efectiva y directamente. Es uno de los pocos ámbitos del quehacer social en que esto sucede dentro de la Constitución de 1979.

La concepción del rol del Estado que en esta materia mostramos, ya estuvo presente antes de la vigencia de la Constitución de 1993: es la que empezó a moldear a través de leyes, y más tarde de decretos-leyes a partir del 5 de abril de 1992, el gobierno peruano de la última década del siglo XX. Así aparecieron, en primer lugar, las empresas administradoras de fondos de pensiones, conocidas con la sigla de AFP.

Son, éstas, entidades financieras especializadas en administrar un fondo que está compuesto por infinidad de cuentas de trabajadores, que periódicamente depositan una parte de su ingreso a fin de acumular recursos durante su actividad laboral para, luego, recibir una retribución de la AFP que podrá asumir varias formas. El ahorrista adquiere el derecho a un equivalente a la pensión de jubilación, cuyos términos concretos podrá negociar oportunamente con la institución en la que hizo los depósitos.

El Decreto Legislativo 724 del 08 de noviembre de 1991 estableció las normas que regulan a las AFP. Dice:

(33) Respecto a las prestaciones en materia de salud, el Estado participa directamente a través del Instituto Peruano de Seguridad Social y se ha dado al respecto la Ley 26790 del 15 de mayo de 1997, que establece todas las regulaciones generales necesarias sobre la materia.

«Artículo 1.- Créase el Sistema Privado de Pensiones que tendrá la calidad de complementario al Sistema Nacional de Pensiones a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social».

«Artículo 2.- Las Administradoras de Fondos de Pensiones, a quienes en lo sucesivo se denominará las AFP, administran el Sistema privado de Pensiones establecido por el presente Decreto legislativo, bajo la modalidad de cuenta de capitalización individual».

«Artículo 3.- Las AFP prestarán obligatoriamente las pensiones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y, en general, todo otro beneficio conexo al régimen de pensiones que actualmente otorga el Instituto Peruano de Seguridad Social.

Las prestaciones que otorgue el sistema privado deberán ser necesariamente mejores o adicionales a las ofrecidas por el Instituto Peruano de Seguridad social».

El trabajador tiene libertad de elegir”.

Como puede verse, las AFP son un sistema de pensiones paralelo al administrado por el Estado y que debe brindar servicios mejores o adicionales. En cualquier caso, el trabajador podrá decidir libremente si pertenece a uno u otro sistema, y a trasladarse entre ellos.

Una de las ventajas del sistema es que el fondo de todos los ahorristas es común, de tal manera que si una de las AFPs desaparece, otra podrá asumir su función y el ahorrista no perderá sus depósitos. Esta es la dimensión social de la seguridad que brindan.

Coherente con el mandato de supervisión, el Estado ha creado la Superintendencia de empresas Administradoras de Fondos Públicos, que ejerce el control de las AFPs existentes. Las normas principales que le corresponden son:

“Ley 25897, artículo 54.- Son atribuciones y obligaciones de la Superintendencia:

a) Velar por la seguridad y la adecuada rentabilidad de las inver-

siones que efectúen las AFP con los recursos de los Fondos que administran;

b) Autorizar la organización y el funcionamiento de las AFP mediante el otorgamiento de licencias, y cancelarlas o suspenderlas;

c) Llevar los registros de AFP, de Empresas Clasificadoras de Riesgo, de entidades que brinden el servicio de guarda física de títulos, de entidades de Compensación y Liquidación de valores y de Empresas de Seguros;

d) Reglamentar el funcionamiento de las AFP y el otorgamiento de las prestaciones que éstas brindan a sus afiliados;

e) Fiscalizar a las AFP en el cumplimiento de las disposiciones legales y directivas administrativas que las rijan;

f) Dictar las disposiciones que permitan uniformar la información que las AFP proporcionen a sus afiliados y al público en general, a fin de evitar errores o confusiones en cuanto a su realidad patrimonial, a sus servicios, así como a los fines y funcionamiento del sistema;

g) Interpretar, sujetándose a las disposiciones del Derecho común y a los principios del Derecho, los alcances de las normas legales que rigen al SPP y a las AFP;

h) Fiscalizar la constitución, mantenimiento, operación y aplicación del Fondo de Reserva de Fluctuación de Rentabilidad, del Encaje Legal y de las demás garantías de rentabilidad y la inversión de los recursos destinados a dichos fondos;

i) Fiscalizar la inversión de los recursos de los Fondos, de los Fondos Complementarios, de los Fondos de Longevidad y del Encaje Legal;

j) En los casos expresamente previstos por esta Ley y sus reglamentos, imponer a las empresas bajo su supervisión las sanciones y medidas cautelatorias que corresponda, disponer la disolución y proceder a la liquidación de las mismas;

k) Fijar el contenido mínimo de los contratos que se celebren entre las AFP y sus afiliados, entre las AFP y las Empresas de Seguros;

l) Expedir resoluciones que incorporen nuevas modalidades de operaciones y servicios a la actividad de las AFP dentro de los fines de las mismas;

m) Aprobar su presupuesto con arreglo a disposiciones legales sobre la materia así como supervisar la ejecución del mismo;

n) Las demás funciones no expresamente previstas, pero que deriven de su calidad de órgano contralor competente”.

“Artículo 55.- Las decisiones de la Superintendencia sobre asuntos de carácter general o particular deben estar contenidas en resoluciones, las que para su vigencia se publican en el Diario Oficial.

Las resoluciones de la Superintendencia constituyen precedentes administrativos de obligatoria observancia”.

En materia de prestaciones de salud empezará a ocurrir lo propio, pues se ha dictado el Decreto Legislativo 887, promulgado el 08 de noviembre de 1996, según cuyo artículo 15:

“Decreto Legislativo 887, artículo 15.- Las entidades empleadoras que otorguen cobertura de salud a sus trabajadores en actividad, mediante servicios propios o a través de planes o programas de salud contratados con entidades prestadoras de salud, gozarán de un crédito respecto de las aportaciones a que se refiere el inciso a) del artículo 6 de la presente ley [...]”. Este inciso, ratificado en los artículos 15 y siguientes de la Ley 26790(34), se refiere a los aportes de los afiliados regulares en actividad al Seguro Social conducido por el IPSS. En otras palabras, se podrá financiar con parte del pago al IPSS, los sistemas privados de salud que los empleadores escojan. Otra norma, dentro del mismo artículo 15 del Decreto Legislativo, permite que los trabajadores prefieran mantenerse dentro del IPSS.

(34) La ley 26790 ha sido reglamentada por el Decreto Supremo 009-97-SA del 8 de setiembre de 1997.

47. Artículo 12

«Artículo 12.- Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma precedente de ésta que comentamos se halla en una parte del artículo 14 de la Constitución de 1979 que es la siguiente:

“Artículo 14.- Una institución autónoma y descentralizada, con personería de derecho público y con fondos y reservas propios aportados obligatoriamente por el Estado, empleadores y asegurados, tiene a su cargo la seguridad social de los trabajadores y sus familiares. Dichos fondos no pueden ser destinados a fines distintos de los de su creación, bajo responsabilidad [...]”.

Aparece una primera diferencia en la composición de los fondos de seguridad social. Mientras la Constitución de 1979 especificaba que contribuían a ella el Estado, los empleadores y los asegurados, la Constitución de 1993 calla al respecto, con lo que el aporte a la seguridad podrá ser hecho por los tres o sólo por algunos de ellos. La ley determinará las normas aplicables.

En lo que respecta a la intangibilidad de los recursos de la seguridad social, ambas Constituciones dictan norma con igual significado, más allá de las diferencias de expresión que existen: las dos sujetan el uso de los recursos a las normas pertinentes, y establecen responsabilidad, también según ley, para quienes incumplan este mandato.

Análisis exegético

Dos requisitos esenciales del sistema de seguridad social en una sociedad determinada son: primero que la gente crea que podrá funcionar y, segundo, que muestre resultados. En esencia, la seguridad social es un inmenso aparato financiero, que tiene ingresos y egresos propios de su actividad (recibe cuotas de los asociados y paga las atenciones y pensiones a

que está obligada), pero no se trata solamente de que lo que recibe por un lado lo gasta por el otro. Por el contrario, sus recursos suelen ser invertidos de diversas formas para obtener rentabilidad y con ella financiar su operación.

Esto hace que los recursos de la seguridad social, que son muy grandes en toda circunstancia, conviertan a sus operadores en verdaderos agentes primordiales de las finanzas dentro del sistema económico y esto puede efectivamente decirse tanto del Instituto Peruano de Seguridad Social, como de las AFPs.

Sin embargo, las operaciones financieras que lleven a cabo deben tener ciertas seguridades. Por ello, las leyes de la materia establecen cuáles son los rubros en los que se puede invertir y por cuáles montos, entendiéndose que lo que no está permitido está prohibido.

De esta manera, los recursos sólo pueden recibir el destino que las leyes autorizan, dentro de la discrecionalidad de las entidades administradoras. Dos son las posibles desviaciones de este patrón:

- La primera que el Estado, siempre necesitado de recursos, decida tomar prestado parte del fondo con la idea de devolverlo a futuro. Esto se hizo varias veces en el Perú con resultados funestos para el sistema de seguridad social. Desde luego, otra modalidad utilizada por el Estado fue la de no pagar sus cuotas, al tiempo que exigía mantener los servicios para sus servidores que, al final, eran pagados por los usuarios privados.
- La segunda, que los administradores mismos decidan invertir en negocios de riesgo que podrían dar grandes utilidades pero también podrían producir pérdidas significativas.

Para evitar estos peligros, la norma establece la intangibilidad de los recursos y la obligación de utilizarlos según lo que señala la ley. Se pretende así, con el concurso de los sistemas de supervisión existentes, lograr que lo recaudado por los sistemas de seguridad social, pueda pagar de manera adecuada los compromisos que dichos sistemas tienen.

La intangibilidad, desde luego, es aplicable a todas las instituciones

vinculadas, sean públicas, privadas o mixtas aunque, es cierto, también podrá haber normas distintas para cada grupo según su naturaleza y el giro en el que laboren.

48. Artículo 13

«Artículo 13.- La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las normas de la Constitución de 1979 que anteceden a este artículo son las siguientes:

“Artículo 21.- El derecho a la educación y a la cultura es inherente a la persona humana.

La educación tiene como fin el desarrollo integral de la personalidad. Se inspira en los principios de la democracia social. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza”.

“Artículo 23.- El Estado garantiza a los padres de familia el derecho de intervenir en el proceso educativo de sus hijos y de escoger el tipo de centro de educación para éstos”.

Una primera diferencia entre las dos Constituciones es que la de 1979 consagra *el derecho a la educación y a la cultura* como inherente a la persona humana. Esta parte del texto ha sido eliminada del artículo 13 que comentamos. Podría sostenerse que el derecho a la cultura ha sido recogido en el artículo 2 inciso 19 de la Constitución de 1993 en la parte que reconoce a cada persona el derecho a *su identidad étnica y cultural*, pero aparece claro que el sentido de las dos normas es distinto. Esta última es de carácter antropológico cultural y exige que se respete la identidad cultural de una persona. El primer párrafo del artículo 21 de la Constitución de 1979, en cambio, daba el derecho a la educación y a la cultu-

ra entendidos como procesos permanentes de formación del ser humano a lo largo de su vida. Creemos que la norma debió mantenerse en el nuevo texto constitucional.

Una segunda diferencia consiste en que la Constitución de 1979 establecía que la educación se inspiraba en los principios de la democracia social. La de 1993 calla al respecto. Consideramos que hubiera sido mejor mantener la norma aunque, el haberla eliminado, no afecta lo sustantivo porque el artículo 14 señala que *“La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa”*. Es obvio que la democracia es uno de estos principios y por tanto hay que observarla en la educación.

Ambas Constituciones, con diferencia textual pero sentido unívoco, reconocen que la finalidad de la educación es el desarrollo del ser humano. También ordenan que el Estado reconozca y garantice la libertad de enseñanza.

Lo que mandaba el artículo 23 de la Constitución de 1979 está íntegramente contenido en la parte final del artículo 13 que comentamos.

Análisis exegetico

El artículo que comentamos no es unívoco en su sentido normativo pues contiene diversos tipos de regulaciones:

- La finalidad de la educación.
- La libertad de enseñanza que incluye el derecho de los padres de escoger los centros de educación de sus hijos.
- El deber de los padres de educar a sus hijos.
- El derecho de los padres de participar en el proceso educativo.

Esta falta de sistemática en el tratamiento del tema se hace más patente aún cuando vemos que estos temas se entrecruzan luego con los del artículo 14. Da la impresión que el legislador ha tratado en esta parte de unir textos que deberían haber ido en diversos numerales para, así, reducir el articulado. En la práctica lo que se ha hecho es mezclar normas que no tienen ninguna relación entre sí y empobrecer la significación sistemática del texto.

La finalidad de la educación es el desarrollo integral de la persona humana. Esta noción tiene vínculo estrecho con el inciso primero del artículo 2 de la Constitución que trata sobre el libre desarrollo de la persona: la educación será uno de los medios más importantes para lograrlo.

A continuación de esta disposición, debió venir a nuestro juicio buena parte del artículo 14 que es el que explica cómo se logra esta formación integral: con las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física, el deporte, la preparación para el trabajo, el desarrollo de la solidaridad, la comprensión de los derechos humanos y la enseñanza de la Constitución. Adicionalmente, para quien desee educación religiosa, existe libertad de conciencia y de enseñanza.

Se supone que no toda la formación esencial de la persona la puede dar la educación formal. La familia tiene un rol decisivo en ella. Sin embargo, el conjunto de contenidos que el artículo 14 prevé (y que detallaremos en su comentario a continuación de éste) es razonable para desarrollar los aspectos intelectuales, emocionales y físicos de cada ser humano.

La Constitución no habla de los métodos que se utilizará para la enseñanza y ese es un defecto en nuestro país, porque tradicionalmente se ha preparado memorística y enciclopédicamente en el colegio. Si bien esa era una metodología adaptada a la primera mitad del siglo XX, en la segunda han aparecido instrumentos y técnicas que han revolucionado el trabajo de aprendizaje en todos sus niveles. Hubiera sido bueno que se hiciera una referencia al tema, para que después las leyes de desarrollo constitucional lo trataran obligatoria y detalladamente.

La libertad de enseñanza consiste en el derecho de brindar opciones diversas y no una sola regulada por la autoridad pública, y en el consiguiente derecho de quien estudia, de poder elegir libremente entre las diversas alternativas existentes. Desde luego, el elemento más importante de esta libertad consiste en elegir el centro de educación en que se va a realizar el aprendizaje. Es lo que señala la penúltima disposición de este artículo.

En ciertos casos, particularmente en lo referente a la educación privada, la posibilidad de elección del estudiante y su familia, suele estar li-

mitada por los costos que supone. Para ello, el artículo 17 establece la educación pública gratuita. Se entiende que no todos tienen igual posibilidad de elegir en función de sus recursos, pero que todos los que tengan las calificaciones deberán poder estudiar. La Constitución de 1979, como vimos, establecía expresamente el *derecho a la educación*. No se llega a comprender por qué el constituyente de 1993 decidió retirar esa afirmación tan importante, como si pudiera retirar tal derecho al omitirlo. En realidad, como veremos después, la educación como derecho está a salvo por los instrumentos internacionales que la garantizan, pero hubiera sido correcto que la Constitución lo ratificara expresamente.

A continuación, viene un deber de los padres, inherente a la patria potestad, que consiste en educar a sus hijos. Esta disposición tiene dos dimensiones, aunque por el desorden con que la Constitución trata el tema educativo, parece que tuviera una sola:

- La primera y más importante de las significaciones consiste en que los padres deben *formar* a los hijos de manera integral. Ya hemos visto que la educación formal (inicial, básica, superior) sólo puede cumplir ciertos cometidos, aunque todos ellos muy importantes. Sin embargo, la cultura, los valores, los principios, las reglas comunes del uso social, el desarrollo inicial de las habilidades, la construcción de una emocionalidad fuerte, y otros componentes de la personalidad, son definitivamente colocados en el hijo por los padres. Esta actividad formativa es, por esencia educación. Se oscurece en el texto porque el contexto habla de la educación formal. Es uno de los graves errores del constituyente.
- La segunda es cumplir con la educación formal obligatoria. Los padres deben cuidar que cada uno de los hijos concluya su educación secundaria, requerida como mínimo por el párrafo inicial del artículo 17. Adicionalmente, podrán conducir al hijo hacia una profesión a través de los estudios superiores.

Es muy importante destacar que, aún en el texto constitucional, estos dos deberes de los padres confluyen en un sólo objetivo: colaborar decisivamente a la formación integral de sus hijos.

Finalmente, se da a los padres el derecho de participar en el proceso educativo de los hijos, lo que equivale a darles opinión y ciertos gra-

dos de decisión en el manejo de los centros de enseñanza, su metodología, la evaluación de los profesores, etc. Esto se hallará limitado solamente en el nivel universitario, en el que por mandato del artículo 18 de la Constitución, las decisiones las debe tomar la Universidad con participación de los representantes de los promotores, de acuerdo a ley.

Por el equivocado orden que tiene la sistemática del tratamiento del tema educativo en los diversos artículos de la Constitución, es muy difícil hacer un paralelo exhaustivo con los Instrumentos internacionales, ordenados con mejor criterio. Por ello, inevitablemente, habrá sobreposiciones entre los textos de tratados que citemos a propósito de cada artículo: algunos pasajes normativos se referirán al contenido de otros numerales de la Constitución.

El tema que tratamos tiene antecedentes importantes en las normas internacionales sobre derechos humanos. La Declaración Universal dice:

“Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26.-

1.- Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2.- La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3.- Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos».

El primer punto, importantísimo, es que concede ampliamente el derecho a la educación. Como hemos comentado, hubiera sido deseable encontrarlo en nuestra Carta, pero basta que está aquí para que tenga pleno valor constitucional.

Luego, obliga a la educación gratuita, cuando menos en el grado elemental que es el primario. También establece que la misma educación elemental será obligatoria. Estos requisitos son cumplidos por el artículo 17 de la Constitución peruana y en materia de obligatoriedad lo hace con creces porque llega a establecer este mandato para la educación secundaria.

Luego establece que el acceso a la educación superior deberá ser regido por el mérito para realizar dichos estudios y que deberá preverse la posibilidad de que la mayor cantidad de personas pueda tener estudios técnicos o profesionales. El tema de la educación profesional es tratado en el artículo 18 a propósito de las universidades. De la educación técnica se habla a propósito de las disposiciones sobre el trabajo y, específicamente, en el artículo 23 segundo párrafo, que obliga a promover la educación para el trabajo (concepto que, en verdad, no equivale necesariamente al de educación técnica y es una deficiencia más del texto constitucional en esta materia).

El párrafo segundo del artículo de la Declaración Universal alude a los contenidos de la educación, que corresponden a lo que en la Constitución peruana se halla en el artículo 14. Destaca la confluencia de contenidos entre ambos documentos. Sin embargo, en la parte final de este inciso, la Declaración Universal desarrolla mejor, en nuestro criterio, lo que en términos genéricos nuestra Carta llama *solidaridad*: la Declaración detalla la comprensión, tolerancia y amistad entre naciones y grupos humanos, y la promoción de la paz. Comentaremos con más detalle todo ello a propósito del próximo artículo.

El inciso 3 ratifica el derecho de elección de los padres, también existente en nuestra Constitución.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales trae las siguientes disposiciones:

“Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 13.-

1.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse

hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

[...]

3.- Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones [...]».

Hay que destacar la coincidencia con la Declaración Universal en considerar que las personas tienen derecho a la educación. Los demás elementos que contiene son todos ratificación de otros derechos que ya hemos comentado y que se refuerzan tanto en el plano internacional, como en el interno.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece:

“Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XII.- Toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas.

Asimismo tiene el derecho de que, mediante esta educación, se le capacite para lograr una digna subsistencia, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comuni-

dad y el Estado. Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria, por lo menos»..

Además de ratificar varias normas anteriores y, nuevamente establecer el derecho a la educación, destacan los siguientes aportes de la Declaración Americana:

- La educación debe estar inspirada en principios de moralidad. Si bien los textos anteriores han tratado el tema de los derechos humanos, la solidaridad y la paz, la ética supera esos campos a pesar de contenerlos. Es un añadido que debe ser recibido positivamente. La formación ética está contenida en el tercer párrafo del artículo 14 de nuestra Constitución.
- El énfasis que pone en la igualdad de oportunidades de acuerdo con las dotes naturales y la voluntad de educarse. La educación no es un mercado al que quien puede accede y quien no puede no hace. La educación tiene por finalidad formar a la persona y, en ese sentido, debe dar oportunidad a todos por dotes y esfuerzo.

La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza contiene numerosas disposiciones especialmente dedicadas a afrontar el tema educativo desde el punto de vista de la igualdad para todos los seres humanos. Su artículo primero define y enumera las principales formas de discriminación existentes en este campo:

“Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, artículo 1.-

1.- A los efectos de la presente Convención, se entiende por «discriminación» toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza, y, en especial:

a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;

b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;

c) A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o

d) Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana.

2.- A los efectos de la presente Convención, la palabra «enseñanza» se refiere a la enseñanza en sus diversos tipos y grados, y comprende el acceso a la enseñanza, el nivel y la calidad de ésta y las condiciones en que se da».

Las situaciones aludidas son bastante claras en sí mismas para requerir explicación. La excepción vinculada al artículo dos es la siguiente:

“Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, artículo 2.- En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes;

b) La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en esos sistemas o la asistencia de estos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado, particularmente para la enseñanza del mismo grado;

c) La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado».

Las tres diferenciaciones que no son discriminación para la Convención están constituidas por la posibilidad de que existan centros de educación diferenciados para varones y mujeres, para grupos religiosos o lingüísticos y centros públicos y privados. Sin embargo, el requisito común es que la calidad sea equivalente. En caso de no cumplirse estos requisitos se considerará que existe discriminación y ella deberá ser superada en cumplimiento de estas reglas, por lo demás obligatorias en el Perú.

“Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, artículo 5.-

1.- Los Estados Partes en la presente Convención convienen:

[...]

b) En que debe respetarse la libertad de los padres o, en su caso, de los tutores legales, 1. de elegir para sus hijos establecimientos de enseñanza que no sean los mantenidos por los poderes públicos, pero que respeten las normas mínimas que puedan fijar o aprobar las autoridades competentes, y 2. de dar a sus hijos, según las modalidades de aplicación que determine la legislación de cada Estado, la educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones; en que, además, no debe obligarse a ningún individuo o grupo a recibir una instrucción religiosa incompatible con sus convicciones [...]».

Esta disposición ratifica también derechos anteriormente establecidos, pero en su parte final aporta un elemento importante que no habíamos recogido antes: el derecho de no recibir instrucción religiosa incompatible con las propias convicciones.

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 13.-

1.- Toda persona tiene derecho a la educación.

2.- Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

[...]».

Los elementos nuevos que en nuestro criterio aporta este texto son:

- La importancia de que la educación ponga relieve al sentido de la dignidad de cada persona humana.
- La necesidad de fortalecer el respeto por los derechos humanos.
- Inculcar el principio que acepta el pluralismo ideológico.
- Desarrollar el respeto por las libertades fundamentales, la justicia y la paz.
- Establecer que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista.
- Desarrollar en cada persona el espíritu de lograr una subsistencia digna.

Son aportes muy significativos que enriquecen todo lo tratado anteriormente.

La Convención sobre los Derechos del Niño trae varias normas aplicables al tema educativo, que se explican por sí mismas:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 28.-

1.- Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación, y a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados.

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

[...]».

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, establece la paridad de derechos entre los sexos en materia educativa, lo que es muy importante porque en muchos países, y también en el Perú, las mujeres tienen proporcionalmente menor índice de educación que los varones y eso constituye una evidente discriminación. Dice:

“Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 10.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación [...]».

Finalmente, de entre los textos que hemos venido utilizando por tener cumplimiento obligatorio en el Perú, está el Convenio que establece:

“Convenio N.169 OIT, artículo 21.- Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos».

Los pueblos minoritarios de cultura diferente, deben poder superar las inequidades que existen frente a ellos y, por eso, la educación profesional debe serles asequible, cuando menos, en iguales condiciones que a los demás ciudadanos. Esto quiere decir que, en tanto se logra dicha equiparidad, se podrá hacer un sobre esfuerzo en su beneficio sin que ello se considere ilegítimo o discriminatorio.

Todos estos importantes elementos que hemos trabajado en los instrumentos internacionales, forman parte obligatoria de nuestro Derecho porque son normas que han sido debidamente ratificadas por el Estado peruano. Según nuestra metodología son también derechos constitucionales en el Perú y pueden ser protegidos por las garantías constitucionales establecidas. Habrá, sin embargo, que tomar en cuenta la aplicación de la undécima disposición transitoria de la Carta: “Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

49. Artículo 14

«Artículo 14.- La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad.

Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país.

La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias.

La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa.

Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Los antecedentes estrictamente pertinentes a las normas que aquí comentamos son los siguientes:

“Constitución de 1867, artículo 24.- Son completamente libres, la enseñanza primaria, media y superior, y la fundación de Universidades, con las restricciones que señala el artículo 22, y bajo las condiciones de capacidad y moralidad determinadas por la ley.

Los miembros de Universidades particulares serán admitidos en las que protege el Estado, sin otro requisito que el examen de suficiencia en la facultad en que pretendan incorporarse.

La enseñanza primaria, media y superior protegida por el Estado, se sujetará a las formalidades prescritas por la ley”.

“Constitución de 1933, artículo 79.- La educación moral y cívica del niño es obligatoria y se inspirará necesariamente en el engrandecimiento nacional y la solidaridad humana”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Cuatro artículos de la Constitución de 1979 son antecedentes de este artículo 14 que comentamos:

“Artículo 22.- La educación fomenta el conocimiento y la práctica de las humanidades, el arte, la ciencia y la técnica. Promueve la integración nacional y latinoamericana, así como la solidaridad internacional.

La formación ética y cívica es obligatoria en todo el proceso educativo. La educación religiosa se imparte sin violar la libertad de conciencia. Es determinada libremente por los padres de familia.

La enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos es obligatoria en los centros de educación civiles y militares y en todos sus niveles”.

“Artículo 28.- La enseñanza, en todos sus niveles, debe impartirse con lealtad a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa”.

“Artículo 37.- Los medios de comunicación social del Estado se hallan al servicio de la educación y la cultura. Los privados colaboran a dichos fines de acuerdo a ley”.

“Artículo 38.- 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 40.- La investigación científica y tecnológica goza de atención y estímulo del Estado. Son de interés nacional la creación y la transferencia de tecnología apropiada para el desarrollo del país”.

El encargo a la educación de desarrollar el conocimiento y práctica de las humanidades, el arte, la ciencia, la técnica, la educación física y el deporte existe en ambas Constituciones, aunque con orden y redacción distintos.

La Constitución de 1979 establecía que la educación: *“Promueve la integración nacional y latinoamericana, así como la solidaridad internacional”*. La norma existe en la Constitución de 1993 en lo referente a la promoción de la integración nacional (parte final del artículo 17) pero ha desaparecido lo referente a la promoción de la integración latinoamericana y de la solidaridad internacional. En nuestro criterio, hubiera sido correcto mantener toda esta normatividad pues sería particularmente útil como principio general hoy que el mundo se globaliza y busca con perseverancia la paz y la integración.

A la inversa, la Constitución de 1993 señala que la educación “*Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad*”, principios también válidos y que constituyen un aporte de esta Carta.

En materia de investigación científica y tecnológica las dos Constituciones, con redacciones bastante distintas entre sí (en el artículo 40 la de 1979 y en el segundo párrafo del 14 la de 1993) establecen el deber del Estado de desarrollarlas. Podría encontrarse diferencias hermenéuticas entre el *estímulo* que exigía la Constitución de 1979 y la *promoción* que pide la de 1993 pero, en el plano de los grandes trazos constitucionales, consideramos que estas diferencias no cuentan lo suficiente como para considerar que la regulación ha cambiado.

Ambas Constituciones, también con diferencias en la expresión pero con igual sentido normativo, establecen las siguientes normas:

- la necesidad de la formación ética y cívica,
- de la enseñanza de la Constitución en todos los niveles de la educación,
- del respeto a la libertad de conciencia en la enseñanza religiosa y de la sujeción de la enseñanza a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa.

Análisis exegetico

Repetimos aquí lo que dijimos al iniciar el comentario del artículo anterior: sus normas se superponen y, por consiguiente, una real comprensión de los temas supone analizar ambos artículos conjuntamente.

En el artículo 13 se ha indicado que la finalidad de la educación es lograr el desarrollo integral de la persona humana. En éste se detalla el contenido de dicha educación que, en breve resumen, es el siguiente:

- En materia de conocimientos, aprendizaje y práctica, el acceso a las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte.

La Constitución, en nuestro criterio acertadamente, hace coincidir el aprendizaje con la práctica en el conocimiento. En efecto, si no

hay praxis, los conocimientos desarrollados tienden a perderse porque sólo así son incorporados a la memoria de la persona y ella se deshace de todo lo que no le sea de alguna manera útil.

La formación *cognoscitiva* así entendida incluye varios elementos, todos importantes. Las humanidades que son los conocimientos correspondientes a la filosofía, la lengua y la literatura, la historia y otras disciplinas que dan sustento a las convicciones y a los instrumentos intelectuales con los cuales la persona se identifica a sí misma y se comunica.

Las ciencias, que consisten en el estudio metódico de la realidad para conocerla y descubrir sus leyes.

La técnica que es la aplicación práctica de los conocimientos y que se traduce en métodos, en procedimientos, en aparatos, todos los cuales sirven instrumentalmente para la vida real.

Las artes que constituyen la expresión más integrada del espíritu humano al combinar elementos intelectuales y emocionales en una unidad que sólo las personas podemos producir y comprender.

La educación física y el deporte que están orientados a desarrollar y mantener en las mejores condiciones nuestro propio organismo, lo que no sólo tiene repercusiones físicas y biológicas, sino también intelectuales.

Un aspecto que falta en la Constitución respecto de esta temática es el de la metodología de aprendizaje. Si bien la incidencia en los conocimientos es necesaria, resulta insuficiente. El conocimiento humano avanza contemporáneamente a pasos inmensos y se multiplica incesantemente. Hemos llegado al punto en el que las personas deben volver a aprender lo que estudiaron de tiempo en tiempo, varias veces durante su vida. Por consiguiente, el desarrollo de las habilidades metodológicas para aprender es esencial en la actualidad: no basta transmitir conocimientos, hay sobre todo que desarrollar la capacidad de aprender y entender nuevos conocimientos.

Hubiera sido deseable que se hiciera énfasis en este aspecto para

que luego las disposiciones específicas desarrollaran el tema y lo pusieran en ejecución. Sin embargo, el que no figure en la Carta no quiere decir que no sea indispensable. Las autoridades educativas del país deben ser concientes de ello.

- Acceso a educación que prepare para la vida y el trabajo.

La educación no debe ser vista solamente como un conjunto de conocimientos que enriquecen a la persona. Ello es verdad que es un fin en sí mismo del proceso educativo, pero sólo es insuficiente: la educación y particularmente la educación formal debe servir también para que la persona pueda encontrar un trabajo útil que le permita llevar adelante una vida decorosa.

Este no es un problema solamente de decisión, sino de metodología: la educación orientada a preparar para la vida y el trabajo requiere de profesores y prácticas educativas que efectivamente hagan del alumno una persona con conocimientos útiles y aplicables. Supone una transformación de los métodos prioritariamente memorísticos y enciclopédicos predominantes actualmente.

- Educación que fomente la solidaridad.

La solidaridad puede ser definida como un principio de organización de la sociedad que consiste en que cada individuo haga causa común con los demás por la mejor marcha del grupo humano en su conjunto. Su signo es el preocuparse de los demás como de sí mismo. Su regla práctica es el respeto y la colaboración con los demás.

También en esto la educación tiene un problema metodológico: la solidaridad forma parte de las actitudes del ser humano que son necesariamente prácticas. Por consiguiente, la educación en la solidaridad no puede ser sino la práctica de ella misma.

La solidaridad tiene que ver con varios otros contenidos éticos, cívicos y religiosos también considerados en este artículo.

- Formación ética y cívica que incluye la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos.

Da a la educación el contenido valorativo necesario para formar a una persona y a un ciudadano capaz de discernir lo bueno de lo malo y lo correcto de lo incorrecto en las relaciones sociales.

Este es un aspecto de la enseñanza que combina necesariamente elementos conceptuales y de conducta. La metodología de trabajo vuelve a ser esencial porque se trata de inculcar valores y de enseñar a utilizarlos en las situaciones cotidianas de la vida.

- Libertad de educación en la educación religiosa.

Ya hemos visto al analizar el artículo 2 inciso 3 de la Constitución que la regla en el Perú, aceptada por la propia Iglesia Católica, que es la confesión abrumadoramente mayoritaria en el país, es la de libertad de credo. Complementaria de ella es la libertad en la educación religiosa: a cada uno se le deja la posibilidad de estudiar su propia religión y ninguno está obligado a estudiar la que no sea la suya.

- Enseñanza con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la institución educativa.

La libertad en materia educativa tiene un límite: no puede contradecir los principios constitucionales que son muchos, pero entre los principales están: el respeto a los derechos humanos y a la forma republicana democrática.

En relación a este tema, existe la ley 25211 del 16 de mayo de 1990, dictada al amparo de la Constitución de 1979, pero que mantiene vigencia porque la norma a la que se refería en aquella Constitución, no ha recibido variación sustancial en la de 1993. Establece que se deberá poner en ejecución un plan nacional para la difusión y enseñanza sistematizada y permanente de la Constitución Política del Perú y de los pactos y convenios sobre defensa, promoción y desarrollo de los derechos Humanos, dando prioridad a los contenidos relacionados a los Derechos Humanos que en ella se reconocen. Indica que este plan tendrá aplicación en todos los niveles de los centros de enseñanza, civiles y militares, y en todas las dependencias públicas y empresas del Estado, como requisito evaluativo para el ingreso y ascenso del personal.

Los fines de la institución educativa figurarán en sus propios estatutos y deberán ser compatibles con los principios constitucionales, de los cuales dependé toda disposición de valor jurídico en el país.

Adicionalmente, el artículo incorpora dos normas que no tienen que ver con los contenidos educativos y que debieran haber estado en numerales separados:

- El deber del Estado de promover el desarrollo científico y tecnológico del país.

Esta disposición es fundamental en la vida moderna porque una sociedad que no domina los aspectos esenciales de la ciencia y tecnología y que no desarrolla lo que de ellas le sea más útil y apropiado, probablemente no tendrá sitio adecuado en el mundo del futuro y, de hecho, tampoco lo tiene en el actual.

De lo que se trata es de permitir la formación de científicos y tecnólogos y de estimular su trabajo. Con ello, se estará favoreciendo, sin lugar a dudas, el desarrollo socioeconómico del país.

En el Perú existe el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología CONCYTEC, institución estatal encargada de dirigir la política del Estado en estos ámbitos. Desgraciadamente, salvo en el período 1985-1990, no ha contado con los recursos indispensables para llevar a cabo su tarea con mediana eficacia.

- El deber de los medios de comunicación social de colaborar con el Estado en la educación y la formación moral y cultural.

Los medios de comunicación gozan de las libertades de expresión, opinión y de comercio e industria establecidas en la Constitución. Sin embargo, este artículo les impone la responsabilidad de colaborar con el Estado en la educación y la formación moral y cultural. No pueden evadir esta tarea y deberán realizarla dentro de las pautas que se establezca por ley de desarrollo constitucional. Esta ley, desde luego, no deberá lesionar los derechos indicados en la primera parte de este párrafo cuando detalle la forma en que la colaboración de los medios deberá ser hecha.

Los instrumentos internacionales contienen normas respecto de estos temas. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha establecido:

“Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 15.-

1.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

a) Participar en la vida cultural;

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

[...]

2.- Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales».

Buena parte de las normas que contiene el Pacto ratifican derechos y situaciones ya vistas en el artículo anterior y en éste. Sin embargo, es muy importante en el contexto actual, el reconocimiento que se hace en el acápite 4 de la cooperación internacional en materia científica y cultural. En la actualidad, buena parte de los proyectos de desarrollo científico que tienen los países subdesarrollados, usa el componente internacional tanto en el acceso a recursos como en la especialización de los trabajos. Es un área que debe ser estimulada en el trabajo académico y cultural de todos los ámbitos del país.

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales establece lo siguiente:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 14.-

1.- Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:

- a. Participar en la vida cultural y artística de la comunidad;
- b. Gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;

2.- Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

3.- Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

[...]».

Los derechos que establece este Protocolo son ratificación de otros ya revisados por nosotros.

También existen normas para la eliminación de la discriminación racial en los contenidos educativos e informativos:

“Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, artículo 7.- Los Estados Partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial y para promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos, así como para propagar los propósitos y princi-

pios de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y de la presente Convención».

También como una especificación de las disposiciones sobre formación ética y cívica en concordancia con los derechos humanos, la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, consigna la siguiente norma con cuya pertinencia estamos totalmente de acuerdo:

“Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, artículo 10.-

1.- Todo Estado Parte velará porque se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.

2.- Todo Estado Parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas».

La Convención sobre los Derechos del Niño establece reglas de contenido específico de la educación de los niños con las cuales estamos también de acuerdo:

“Convención sobre los derechos del niño, artículo 29.- Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

[...]».

En buena parte de estas reglas contenidas en instrumentos internacionales, encontramos elementos que pueden ser considerados derechos de las personas. Según la metodología que aplicamos, estimamos que en todos estos casos se cuenta con protección de las garantías constitucionales porque los derechos emergentes tienen ese rango.

50. Artículo 15

«Artículo 15.- El profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública. La ley establece los requisitos para desempeñarse como director o profesor de un centro educativo, así como sus derechos y obligaciones. El Estado y la sociedad procuran su evaluación, capacitación, profesionalización y promoción permanentes.

El educando tiene derecho a una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico.

Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Sobre el ejercicio de la enseñanza, existieron dos modelos en las Constituciones pasadas. El primero fue establecido por la Constitución de 1856 y seguido por el artículo 25 de la Constitución de 1860. Decía:

“Constitución de 1856, artículo 24.- Todos los que ofrezcan las garantías de capacidad y moralidad prescritas por la ley, pueden ejercer libremente la enseñanza y dirigir establecimientos de educación bajo la inspección de la autoridad”.

El segundo fue dictado por la Constitución de 1920 y seguido en lo sustancial por el artículo 81 de la Constitución de 1933:

“Constitución de 1920, artículo 54.- El profesorado es carrera pública en los diversos órdenes de la enseñanza oficial y da derecho a los goces fijados por la ley”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las normas antecedentes de la Constitución de 1979 fueron las siguientes:

“Artículo 30.- [...] Toda persona natural o jurídica tiene derecho de fundar, sin fines de lucro, centros educativos dentro del respeto a los principios constitucionales.”

“Artículo 41.- El profesorado es carrera pública en las diversas ramas de la enseñanza oficial.

La ley establece sus derechos y obligaciones, y el régimen del profesorado particular.

El Estado procura la profesionalización de los maestros. Les asegura una remuneración justa, acorde con su elevada misión”.

Ambas Constituciones establecen que el profesorado es carrera pública en la enseñanza oficial y que la ley debe establecer las reglas de ejercicio de esta profesión. La referencia de la Constitución de 1979 al

profesorado particular era una especificación de lo que ha estado contenido en la primera parte del segundo párrafo de su artículo 41. También las dos constituciones propugnan la profesionalización del maestro.

La Constitución de 1993, respecto del magisterio, trae las siguientes diferencias con la de 1979:

- Exige no sólo la profesionalización sino también la evaluación y capacitación de los profesores. Encarga esta labor al Estado y la sociedad y no sólo al primero, como hacía la Constitución de 1979. Esto confluye con la primacía del espíritu neoliberal constitucional de asignar responsabilidades a la sociedad y no exclusivamente al Estado.
- En vez de asegurar una *remuneración justa* plantea que el profesor tenga una *promoción permanente*. Un hecho que salta a la vista es que ni con una ni con otra Constitución los maestros lograron ni remuneración justa ni promoción permanente. Es un hecho que hay que constatar como uno de los elementos intervinientes en la postulación del sistema educativo del Perú.

Las dos Constituciones establecen el derecho de toda persona a promover o fundar centros educativos; pero el énfasis de cada una de ellas es distinto en lo siguiente:

- La Constitución de 1979 declaraba la necesidad de que los centros educativos carecieran de fines de lucro y que respetaran los principios constitucionales (lo que no era sino una reiteración de la norma genérica antes vista en el sentido de que la educación se imparte con sujeción a los principios constitucionales).
- La Constitución de 1993 añade la atribución de conducir y no sólo promover (lo que en realidad sí está inscrito en *promover* o en *fundar* instituciones educativas). Pero también dice que es derecho transferir la propiedad y calla en cuanto a los fines de lucro. De este tratamiento, hay que concluir que ahora es posible crear centros educativos con fines de lucro en los términos en que está hecha esta Constitución, y modificada la de 1979. Es una interpretación por intención del legislador, que es aplicable claramente a las instituciones constitucionales según la teoría.

Adicionalmente, la Constitución de 1993 señala el derecho del educando a una formación que respete su identidad y el buen trato psicológico y físico. Son elementos esenciales de la pedagogía moderna que es correcto que figuren en la Constitución, con la finalidad de que sean crecientemente cumplidos en la enseñanza diaria de millones de estudiantes en el país.

Análisis exegético

El artículo comienza refiriendo que el profesorado en la enseñanza oficial es carrera pública. Esto llama a una ley del profesorado que establezca las reglas a que dicha carrera se sujetará.

La ley 25212 del 19 de mayo de 1990, modificó la Ley 24029 que aborda los temas magisteriales, y estableció las siguientes disposiciones:

«Artículo 13.- Los profesores al servicio del Estado tienen derecho a:

- a) Estabilidad laboral en la plaza, nivel, cargo, lugar y centro de trabajo;
- b) Percibir una remuneración justa, acorde con su elevada misión y con su condición profesional; dicha remuneración es reajutable con el costo de vida;
- c) Participar en la formación, ejecución y evaluación de los planes de trabajo de su centro educativo;
- d) Realizar sus funciones en forma creativa dentro del marco de la organización institucional;
- e) Recibir del Estado apoyo permanente para su capacitación, perfeccionamiento y especialización profesional;
- f) Gozar de vacaciones;
- g) Ser informado periódicamente del estado de su evaluación profesional;
- h) Ascensos y reasignaciones de acuerdo con el Escalafón, en estricto orden de capacidad y méritos;
- i) Licencias;
- j) Respeto a los procedimientos legales y administrativos en la aplicación de sanciones;
- k) Gozar del 50% de descuento en las tarifas de los servicios de transportes y hotelería del Estado y en los espectáculos públicos de carácter cultural del mismo;

- l) Reconocimiento, por parte del Estado, la comunidad y los padres de familia, de sus méritos en la labor educativa;
- ll) Ser considerado, en forma prioritaria, en estricto orden de capacidad y méritos en los convenios de intercambio educativo;
- m) Reconocimiento de oficio, por parte del Estado o la Seguridad Social, del tiempo de servicios para los goces y beneficios correspondientes, según su régimen legal;
- n) Reconocimiento para los mismos efectos del tiempo de servicios interrumpidos por motivos políticos o sindicales, según el caso;
- ñ) Libre asociación y sindicación;
- o) Labores en locales y condiciones de seguridad y salubridad;
- p) Seguridad social y familiar;
- q) Ser sujeto de crédito preferencial con aval del Estado y a través del Ministerio de Educación.
- r) Recibir un adelanto de 50% de la remuneración compensatoria por los años de servicio, a partir de los doce y medio años para las mujeres y de los quince años para los varones, prestados al momento de solicitarlo;
- s) Los demás derechos pertinentes establecidos en la legislación laboral y en la Constitución Política del Perú;
- t) Reingresar al servicio, siempre que no se haya alcanzado la edad jubilatoria y que no exista impedimento legal;
- u) Percibir subvención en estricto orden de capacidad y méritos para seguir estudios de maestría, doctorado y otros de posgrado en las universidades del país y del extranjero; y
- v) Recibir apoyo prioritario del Estado para fines de vivienda propia.

Los profesores de centros y programas de gestión no estatal gozan, de acuerdo con el régimen laboral de la actividad privada, de los derechos antes enumerados con excepción de lo señalado en los incisos h), i) y r) de este artículo».

Como puede apreciarse, la regulación de los derechos de los maestros es detallada dentro de la carrera pública que se les asigna.

La condición de director de centro educativo es tarea de dirección de profesores alumnos y administradores, con la finalidad de realizar de la mejor manera posible la labor de enseñanza. Para ser Director hay que tener cualidades de dirigente y administrador, además de conocer la profesión de la enseñanza. Por ello, la ley exigirá requisitos especiales.

También es importante la norma que establece que el Estado y la sociedad procuran lo siguiente respecto del maestro:

- Su evaluación, es decir, la revisión periódica de la manera como ejercita su tarea.
- Su capacitación, es decir su actualización y perfeccionamiento en la tarea educativa.
- Su profesionalización, es decir, el desarrollo de sus estudios y el cumplimiento de los demás requisitos para ser profesional. Incluye también la actualización profesional a lo largo del tiempo.
- La promoción no podrá ser otra cosa que la retribución a su esfuerzo.

El segundo párrafo del artículo que comentamos, en realidad está mal ubicado en esta parte porque mientras antes el dispositivo se está refiriendo a la carrera de maestro, aquí se establece un derecho en favor de los alumnos: dice que ellos tienen derecho a una formación que respete su identidad y al buen trato psicológico y físico. Todas estas exigencias corresponden a derechos constitucionales específicamente establecidos en otros lugares de la Carta.

Finalmente, y en concordancia con los principios de libertad de enseñanza, el último párrafo del artículo establece ciertos derechos particulares sobre centros educativos:

- El derecho de promoverlos, esto es, dar la idea inicial y llevarla a cabo.
- El derecho de conducirlos, es decir, de tomar todas las decisiones esenciales sobre dicha institución.
- el derecho de transferir la propiedad de dichas instituciones. Es la garantía de la recuperación del capital invertido.

La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza aborda nuestra problemática de este artículo:

“Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, artículo 4.- Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen, además, a formular, desarrollar y aplicar una política nacional encaminada a promover, por métodos adecuados a

las circunstancias y las prácticas nacionales, la igualdad de posibilidades y de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial, a:

[...]

d) Velar porque, en la preparación para la profesión docente, no existan discriminaciones».

Este artículo ratifica, en la parte que citamos, la importancia de la preparación profesional del profesor y, en rigor, la establece como un principio aplicable constitucionalmente en el Perú y que puede ser protegido por las garantías constitucionales establecidas.

51. Artículo 16

«Artículo 16.- Tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados.

El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación.

Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.

Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Los antecedentes más directos de este artículo pueden rastrearse desde la Constitución de 1823 cuyo texto establecía:

“Constitución de 1823, artículo 181.- La instrucción es una necesidad común, y la República la debe igualmente a todos sus individuos”.

“Constitución de 1823, artículo 183.- La instrucción pública depende en todos sus ramos de los planes y reglamentos generales que decretare el Congreso”.

“Constitución de 1823, artículo 185.- Se establecerá una Dirección general de Estudios en la capital de la República, compuesta de personas de conocida instrucción, a cuyo cargo estará bajo la autoridad del gobierno, y protección especial del Senado, la inspección de la instrucción pública”.

Luego hay un salto significativo pues, hasta la Constitución de 1933, los textos no se ocuparon de la institucionalidad estatal en materia de educación. Desde luego, ello no quiere decir que el tema educativo en sí no fuera tratado pero, sí es cierto que no se desarrolló los aspectos que trata el artículo de la Constitución de 1993 que ahora comentamos.

La Constitución de 1933 dijo:

“Constitución de 1933, artículo 71.- La dirección técnica de la educación corresponde al Estado”.

“Constitución de 1933, artículo 83.- La ley señalará el monto mínimo de la renta destinada al sostenimiento y difusión de la enseñanza, y la proporción en que anualmente debe aumentarse”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que constituyen antecedente del que comentamos de la de 1993 son los siguientes:

“Artículo 24.- Corresponde al Estado formular planes y programas y dirigir y supervisar la educación, con el fin de asegurar su calidad y eficiencia según las características regionales, y otorgar a todos igualdad de oportunidades.

El régimen administrativo en materia educacional es descentralizado”.

“Artículo 39.- En cada ejercicio, se destina para educación no me-

nos del veinte por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto del gobierno central".

Ambas Constituciones establecen que el sistema educativo es descentralizado.

En relación a la función del Estado en la educación, las dos Constituciones tienen visiones distintas entre sí:

- La Constitución de 1979 otorgaba al Estado la dirección y supervisión de la educación, lo que equivalía a normar no sólo sus aspectos generales sino también sus contenidos (el Estado formulaba los planes y programas). En este sentido, la Constitución tenía una concepción dirigista de la educación.
- La Constitución de 1993 establece que el Estado coordina la política educativa y formula los lineamientos generales de los estudios y los requisitos mínimos de organización de los centros educativos. Además, supervisa el cumplimiento y calidad de la educación. Es un rol propio del Estado *Policía*: regula y supervisa, no dirige. Cofluye con la opción neoliberal presente en los constituyentes de 1993.

El tercer párrafo del artículo 16 de la Constitución de 1993 es una innovación respecto de la Constitución de 1979, al establecer que el Estado asegura que nadie deje de recibir educación adecuada por situación económica. En un país de pobres es correcto establecer esta norma, al lado de la del artículo 17 que establece la educación estatal gratuita.

La norma referida a que el Estado asegura que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por sufrir limitaciones mentales o físicas, puede bien encontrar antecedente en el artículo 19 de la Constitución de 1979, que daba un trato preferencial genérico a quienes sufren estas disminuciones de capacidad.

Finalmente, una marcada diferencia entre ambas Constituciones se produce a propósito de la norma que asigna recursos fiscales: mientras la de 1979 establecía "*no menos del veinte por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto del gobierno central*", la de 1993 señala la norma

genérica de “*Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República*”. Esta idea corresponde al principio de que no hay que sectorializar el Presupuesto Nacional. Si bien es una postura financieramente correcta, no debe ser equivalente a reducir los ya escasos recursos que se asigna a la educación en el Perú, especialmente en un mundo en el que el conocimiento es ya uno de los motores del progreso y, para muchos, el más importante.

Análisis exegético

La propuesta del sistema y del régimen educativo son la descentralización. Esto quiere decir que el gobierno de la educación en el Perú estará normado en los aspectos comunes por el Gobierno Central, y que las decisiones concretas, parte de los contenidos y la administración estarán en manos de organismos que *tomarán decisiones por sí mismos en niveles menores que pueden ser los regionales, los locales o ambos.*

Desafortunadamente, la Constitución ha disminuido sustantivamente, en relación a sus predecesoras, el tratamiento del Gobierno Local, y prácticamente no ha desarrollado el Gobierno Regional de tal manera que no se puede establecer, en el nivel constitucional, cuál será el grado y contenido de responsabilidad que puedan tener en materia educativa. Se sabe sí, que las municipalidades tienen injerencia en este aspecto porque su Ley Orgánica les establece ciertas posibilidades de trabajo (fundada en la Constitución de 1979).

En síntesis, sabemos que habrá una influencia grande de lo local y regional en la educación, pero no sabemos cómo ocurrirá por los defectos de la Constitución al tratar estos niveles del Estado.

Desde el punto de vista del contenido de la educación, la descentralización querrá indicar que cada unidad regional o local podrá añadir, según sus peculiaridades, contenidos educativos específicos para su ámbito de competencia: su propia historia; sus particularidades culturales; las características de su entorno y medio ambiente; énfasis en el conocimiento de los aspectos científicos y técnicos de sus recursos naturales; detalle de sus necesidades más urgentes. En otras palabras, una educación que comparte lo común del país con las características y problemas del propio lugar. De esta manera las personas serán mejor capacitadas para habitar su propio espacio.

Cuando los sistemas y regímenes se descentralizan, queda siempre un control en el plano superior, en este caso en el Gobierno Central. Consiste, usualmente, en la posibilidad de normar lo que se hace, por lo menos, en los siguientes aspectos: los grandes indicadores de contenido y metodología del trabajo educativo; la forma de organización de los colegios y las unidades a las que ellos se refieren organizativamente; las reglas de la carrera de la enseñanza y de los derechos y obligaciones de los profesores; la asignación de recursos fiscales y el correspondiente control. En esto intervienen varios organismos del Gobierno Central pero destacan las funciones del Poder Legislativo, del Ejecutivo y de la Contraloría General de la República.

La Constitución habla de descentralización del sistema y del régimen educativo. Normalmente, el sistema es un concepto propio de la administración pública que se refiere al conjunto de órganos, normas y procedimientos que no producen en sí mismos resultado alguno, pero que sirven a los organismos públicos y privados que sí producen resultados en la vida social. El sistema educativo, desde esta perspectiva serán la ley de educación, la ley del magisterio, sus normas reglamentarias, los organismos técnicos que hagan investigación en enseñanza y en técnicas, los que apoyen la formación de los maestros, los que produzcan materiales educativos, etc.

El régimen educativo es la forma de llevar adelante la educación y que regla la manera de obtener resultados. En gran síntesis son los planes de estudio y la metodología para el trabajo con ellos.

El segundo párrafo del artículo establece en su parte inicial que el Estado coordina la política educativa. Es un cambio mayor de la función estatal, particularmente de la que corresponde al Ministro de Educación, pues hasta esta Constitución, este funcionario dirigía toda la actividad educativa. El cambio será positivo si por *coordinar* entendemos dar una personalidad propia a la educación peruana a través de una política definida, al tiempo que se deja libertad a las regiones y a los centros educativos para que ejerzan sus libertades de enseñanza, sus propias iniciativas y su creatividad. No deberá significar que *coordinar* es una simple función administrativa sin contenido de política global nacional.

La *política global* educativa que consideramos debe ser la base de

las coordinaciones del Estado, consiste en los grandes lineamientos conceptuales de qué debe saber todo peruano, cómo debe enseñársele, y dentro de qué contexto de administración. Creemos que el Estado central no puede renunciar a estas atribuciones bajo peligro de que cada peruano tenga una educación que al final sea distinta a la de otro peruano y, con ello, se dificulte, sino haga imposible, el grado supremo de unidad nacional que es indispensable.

Entendemos que esto es lo que hará a través de la formulación de los lineamientos generales de los planes de estudio de la educación primaria y secundaria. En ellos, precisamente, se establecen los contenidos, las secuencias de temas y los grandes principios metodológicos de enseñanza. Creemos que inclusive se debe ir más allá: el Perú es un país de creencias, en el que la mayoría de niños que asiste al colegio no tiene un buen texto a disposición. Como parte de este diseño general, el Estado debería poner a disposición de todos, con libertad de opción, textos que bajo forma de material de consulta, sean accesibles por su tiraje y precio a la mayoría de alumnos y profesores. Calidad podría lograrse con el concurso de las instituciones académicas de diverso tipo que tiene el país.

También el Estado establecerá los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos, lo que equivale a los grandes lineamientos, indispensables en todo centro de enseñanza: niveles de ejercicio de autoridad, tipo de espacios y materiales educativos; forma de toma de decisión con participación de autoridades, profesores y padres de familia (quienes según el artículo 13 tienen el derecho de participar en el proceso educativo de sus hijos), etc. Luego, a partir de estas disposiciones generales, será la iniciativa de cada región y de cada centro educativo en sí mismo la que cubra los detalles y orientaciones específicas. En materia educativa es muy importante que el director del colegio y los propios profesores, puedan establecer patrones propios de calidad y exigencia para su administración y contenido educativo. Eso es una de las mejores vías para garantizar iniciativa, emulación y superación.

La labor de supervisión del cumplimiento de sus normas y de la calidad de la educación es inherente al Estado. No podría ser de otra manera. En este ámbito, sin embargo, el concepto Estado no significará sólo Gobierno Central: también los gobiernos regionales y locales son Estado

y a ellos, según sus atribuciones específicas, corresponderá a su vez la supervisión. Todo esto deberá ser detallado en las normas sobre Educación y sobre gobierno regional y local que se dicte.

El tercer párrafo, nuevamente, está asistemáticamente ubicado porque no trata de aspectos de gobierno y administración de la educación (como los dos párrafos anteriores), sino de un derecho importantísimo de cada persona: debe recibir educación adecuada sin atender a su situación económica o a sus impedimentos mentales o físicos. Ocurre que la norma ha sido invertida y no aparece como derecho de las personas sino como deber del Estado. Sin embargo, es obvio que termina siendo las dos cosas, lo que, por lo demás, ha quedado claro a partir del análisis de los instrumentos internacionales vigentes en el Perú, realizado a propósito de normas anteriores referidas a la educación.

A su vez, esta disposición tiene que ver, en parte, con el carácter gratuito que, según el artículo 17, tiene la educación pública. Estimamos que esta primera parte del artículo 17, y el tercer párrafo del artículo 16, deberían haber sido ubicados juntos en un numeral específico. En todo caso, así es como deben ser interpretados sistemáticamente dentro del texto de la Carta.

El tercer párrafo garantiza a las personas con impedimentos, el recibir también la educación necesaria. Esta disposición concuerda con la parte final del artículo 7 de la Constitución, que trata sobre las mismas personas pero desde otra perspectiva. En estos casos no se trata sólo ni necesariamente de la educación gratuita del Estado (que por supuesto deberá ser acequible a quienes sean impedidos y no puedan pagar la privada o decidan no optar por ella), sino también a su responsabilidad de desarrollar el conocimiento de las disciplinas y técnicas educativas que conducen a la superación de los impedimentos de las personas. La ciencia y la técnica avanzan muy rápidamente en estos ámbitos y es de primera necesidad humana el que el país cuente con personas capacitadas para abordar el desarrollo de los impedidos en todos sus aspectos humanos.

El último párrafo del artículo, como ya hemos comentado, tiene una diferencia con la Constitución de 1979 porque en ella se asignaba una porción definida de los egresos presupuestales a la educación en tanto que en la actual sólo se da preferencia. En todo caso, si bien desde el

punto de vista técnico presupuestal esto nos parece correcto, desde el punto de vista político y jurídico, es un mandato, tanto al Poder Ejecutivo como a su turno al Legislativo (según las competencias de cada uno al fijar las normas presupuestales del Estado) de dar efectiva prioridad a la educación.

52. Artículo 17

«Artículo 17.- La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación.

Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa.

El Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera.

El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El tema sustantivo de la Educación ha recibido un extenso tratamiento en la mayoría de las Constituciones del Perú, lo que es síntoma de las necesidades insatisfechas y de las urgencias que se ha sentido desde el poder frente a ella.

Siempre fue declarada como una necesidad cuya satisfacción era debida a todos los miembros de la sociedad; el Estado fue siempre comprometido a promover centros de enseñanza de los más diversos niveles. La Constitución de 1828 estableció las primeras normas de este rango sobre educación gratuita y sobre protección de los derechos intelectuales. Durante el siglo XX, la decisión de extender la educación es muy importante: la Constitución de 1920 ordena que exista una escuela primaria en cada distrito y la de 1933 que la haya donde existan por lo menos treinta alumnos. Además, esta última Carta da el salto a constitucionalizar la importancia de la formación para el trabajo en sus diversos aspectos.

La primera Constitución que trató estos temas fue la de 1823, que trajo las siguientes normas relevantes:

“Constitución de 1823, artículo 181.- La instrucción es una necesidad común, y la República la debe igualmente a todos sus individuos”.

“Constitución de 1823, artículo 182.- La Constitución garantiza este derecho:

- 1.- Por los establecimientos de enseñanza primaria, de ciencias, literatura, y artes.
- 2.- Por premios que se concedan a la dedicación, y progresos distinguidos.
- 3.- Por institutos científicos, cuyos miembros gocen de dotaciones vitalicias competentes.
- 4.- Por el ejercicio libre de la imprenta que arreglará una ley particular.
- 5.- Por la inviolabilidad de las propiedades intelectuales”.

“Constitución de 1823, artículo 184.- Todas las poblaciones de la República tienen derecho a los establecimientos de instrucción que sean adaptables a sus circunstancias. No puede dejar de haber universidades en las capitales de departamento, ni escuelas de instrucción primaria en los lugares más pequeños; la que comprenderá también el catecismo de la religión católica y una breve exposición de las obligaciones morales y civiles”.

La Constitución de 1828 estableció la instrucción primaria gratuita y avanzó hacia temas como la protección de la propiedad intelectual. Su

texto fue luego seguido letra a letra por el artículo 174 de la Constitución de 1839 y decía:

“Constitución de 1828, artículo 171.- Garantiza también la instrucción primaria gratuita a todos los ciudadanos; la de los establecimientos en que se enseñen las ciencias, literatura y artes, la inviolabilidad de las propiedades intelectuales y los establecimientos de piedad y beneficencia”.

La Constitución de 1834 consigné una norma que, en esencia, era resumen de la forma cómo se había tratado el problema hasta entonces: educación primaria gratuita, formación científica y centros educativos en todos los departamentos:

“Constitución de 1834, artículo 171.- La instrucción primaria es gratuita para todos los ciudadanos; y también la científica en las capitales ó en lugar más a propósito de cada departamento”.

La Constitución de 1856 sentó un patrón de tratamiento que, con ligera modificación, siguieron los artículos 24 de la Constitución de 1860 y 23 de la Constitución de 1867. Su texto fue:

“Constitución de 1856, artículo 23.- La nación garantiza la instrucción primaria gratuita y los establecimientos públicos de ciencias, artes, piedad y beneficencia”.

La Constitución de 1920 moderniza el criterio constitucional para el tratamiento de la educación y, además, procura en el texto una amplia difusión de la educación al establecer que habrá una escuela en cada capital de distrito. Hasta entonces se había pensado en capitales de departamento solamente. Su texto dijo:

“Constitución de 1920, artículo 53.- La enseñanza primaria es obligatoria en su grado elemental para los varones y las mujeres desde los seis años de edad. La Nación garantiza su difusión gratuita. Habrá por lo menos una escuela de enseñanza primaria elemental para varones y otra para mujeres en cada capital de distrito y una escuela de segundo grado para cada sexo en las capitales de provincia.

El Estado difundirá la enseñanza secundaria y superior y fomentará los establecimientos de ciencias, artes y letras”.

En la Constitución de 1933 el esfuerzo educativo es aún más palpable que en la de 1920, al menos desde el texto mismo de la Carta. Sus normas establecieron lo siguiente:

“Constitución de 1933, artículo 72.- La enseñanza primaria es obligatoria y gratuita”.

“Constitución de 1933, artículo 73.- Habrá por lo menos una escuela en todo lugar cuya población sea de treinta alumnos.

En cada capital de provincia y de distrito se proporcionará instrucción primaria completa”.

“Constitución de 1933, artículo 74.- Las escuelas que funcionen en los centros industriales, agrícolas o mineros, serán sostenidas por los respectivos propietarios o empresas”.

Los artículos 75 a 77 indican también la preocupación del Estado, no vista en los textos anteriores, por la preparación técnica de la población.

“Constitución de 1933, artículo 75.- El Estado fomenta la enseñanza en sus grados secundario y superior, con tendencia a la gratuidad”.

“Constitución de 1933, artículo 76.- En cada departamento habrá por lo menos una escuela de orientación industrial”.

“Constitución de 1933, artículo 77.- El Estado fomenta la enseñanza técnica de los obreros”.

Finalmente, resalta la modernidad del artículo 78 al dar importancia a la educación pre-escolar, en adición a la protección de las personas incapacitadas:

“Constitución de 1933, artículo 78.- El Estado fomenta y contribuye al sostenimiento de la educación pre-escolar y post-escolar y de las escuelas para niños retardados o anormales”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que constituyen antecedentes de éste que comentamos son los siguientes:

“Artículo 22.- La educación [...] Promueve la integración nacional [...]”.

“Artículo 25.- La educación primaria, en todas sus modalidades, es obligatoria. La educación impartida por el Estado es gratuita en todos sus niveles, con sujeción a las normas de ley.

En todo lugar, cuya población lo requiere, hay cuando menos un centro educativo primario. La ley reglamenta la aplicación de este precepto.

Se complementa con la obligación de contribuir a la nutrición de los escolares que carecen de medios económicos y la de proporcionarles útiles”.

“Artículo 26.- La erradicación del analfabetismo es tarea primordial del Estado, el cual garantiza a los adultos el proceso de la educación permanente. Se cumple progresivamente con aplicación de recursos financieros y técnicos cuya cuantía fija el Presupuesto del Sector Público. El mensaje anual del Presidente de la República necesariamente contiene información sobre los resultados de la campaña contra el analfabetismo”.

“Artículo 30.- El Estado reconoce, ayuda y supervisa la educación privada, 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. Toda persona natural o jurídica tiene derecho de fundar, sin fines de lucro, centros educativos dentro del respeto a los principios constitucionales”.

“Artículo 34.- El Estado preserva y estimula las manifestaciones de las culturas nativas, así como las peculiares y genuinas del folklore nacional, el arte popular y la artesanía”.

“Artículo 35.- El Estado [...] garantiza el derecho de las comunidades quechua, aymara y demás comunidades nativas a recibir educación primaria también en su propio idioma o lengua”.

La Constitución de 1979 establecía como obligatoria sólo la educación primaria, en tanto que la de 1993 exige inicial, primaria y secundaria. Dos cosas son de resaltar en este cambio: en primer lugar, la mención de la educación inicial, inexistente en la Constitución de 1979 y, en segundo lugar, la inclusión de la educación secundaria entre los rangos obligatorios. Estimamos adecuadas ambas innovaciones.

En materia de gratuidad de la educación estatal, la Constitución de 1979 la garantizaba en todos los niveles en tanto que la de 1993 la establece para los niveles inicial, primario y secundario, y la somete a condición en las universidades públicas para aquellos alumnos que tengan rendimiento adecuado y no tengan recursos para cubrir los costos. Esta modificación corresponde al principio de que el Estado no debe subvencionar a quien no necesita subvención, o al que no aprovecha debidamente la subvención recibida.

El artículo 30 de la Constitución de 1979 establecía que el Estado reconoce, ayuda y supervisa a las formas no públicas de Educación. La Constitución de 1993, en lo referente a la ayuda estatal es más precisa al establecer que con el fin de garantizar la mayor pluralidad de oferta educativa para quienes no puedan pagar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y cooperativa. Desde luego, el reconocimiento y la supervisión a las que aludía el artículo 30 de la Constitución de 1979 también están indicados en el artículo que comentamos de la Constitución de 1993.

Ambas Constituciones establecen que el Estado tiene el deber de promover la creación de centros educativos donde sean requeridos. La Constitución de 1979 se refirió exclusivamente a la educación primaria en tanto que la de 1993 no hace especificación por lo que debe entenderse que el deber se extiende a establecer todo tipo de centro educativo del que haya necesidad.

También ambas Constituciones se comprometen a la erradicación

del analfabetismo, pero las normas establecidas por la Constitución de 1979 tenían una mayor contundencia al establecer el deber (no siempre cumplido en el pasado) de que el Presidente de la República se refiriera a los resultados de la campaña en su mensaje al Congreso. Una norma de este tipo es deseable en la Constitución mientras el analfabetismo no haya sido erradicado del país, sobre todo teniendo en cuenta la globalización de las relaciones humanas en el mundo y la imperiosa necesidad del conocimiento para que cada persona pueda progresar en las condiciones actuales.

La norma de la Constitución de 1993 según la cual el Estado fomenta la educación bilingüe e intercultural y preserva las manifestaciones culturales y lingüísticas del país, puede encontrar antecedente en la primera parte del artículo 34 de la Constitución de 1979 para lo cultural, y en la última parte del artículo 35 para la educación bilingüe aunque, es preciso reconocerlo, la Constitución de 1993 es mucho más precisa. También es adecuada esta norma a las necesidades de la población, particularmente de los grupos minoritarios en materia de cultura.

Es de lamentar que no se haya mantenido la norma del artículo 25 de la Constitución de 1979 en el sentido que los deberes del Estado en materia de educación se complementan *“con la obligación de contribuir a la nutrición de los escolares que carecen de medios económicos y la de proporcionarles útiles”*. Cuando menos en los sectores de extrema pobreza (que son numerosos en el Perú), esta obligación del Estado debiera existir para garantizar que todos tengan acceso adecuado a la educación: la nutrición y los útiles escolares son esenciales para ello.

Como en el artículo 22 de la Constitución de 1979, la parte final de este artículo 17 establece que el Estado (se entiende que a través de la educación que es de lo que trata esta parte de la Carta), promueve la integración nacional.

Análisis exegético

La primera norma de este artículo establece la obligatoriedad de la educación inicial, primaria y secundaria. Es un avance, como hemos visto, en relación a la Constitución anterior por dos razones: la primera porque se reconoce la educación inicial, de trascendental importancia en la

formación de la persona; la segunda porque fijar como obligatoria la educación secundaria es darle un impulso a la capacitación general del pueblo a través de un alto nivel educativo. Si los planes educativos y su ejecución adquieren la calidad suficiente, pondrán al país en una posibilidad expectante de desarrollo social y económico: el conocimiento es ya una de las armas más importantes para ello, y tal importancia crece conforme avanza el conocimiento, lo que ocurrirá a velocidades vertiginosas en el tiempo por venir.

La educación, hasta el nivel secundario, será gratuita en el Estado. Fue un asunto que se discutió mucho porque sectores liberales fuertemente ideologizados del país pretendían que se cobrara. El efecto no iba a ser otro que marginar de la educación a vastos sectores de la población creando una fisura que no tiene explicación posible para las condiciones actuales de globalización y necesidad de progreso. Hace bien el Estado en mantener su educación gratuita que, por lo demás, va en consonancia con todos los instrumentos internacionales que hemos citado a lo largo del comentario de esta asistemática parte de la Constitución que es el tratamiento a la educación.

En el ámbito universitario, la Constitución relativiza parcialmente el deber de gratuidad del Estado: se otorga a quienes no puedan sufragar su educación, con lo que se anuncia la posibilidad de cobrar derechos académicos. Hasta hoy, la educación universitaria estatal ha sido gratuita.

También para asegurar el acceso de las personas a la educación la Constitución se plantea la posibilidad de subvención a la educación privada. Es una norma atributiva pero no establece el deber de subvención. Quedará a criterio del Gobierno hacerlo o no según las circunstancias.

La obligatoriedad de la educación hasta el nivel secundario, y la necesidad de que nadie se vea privado de ella por razones sociales y económicas, obliga a la norma que establece el párrafo siguiente: la creación de centros educativos donde la población lo requiera. Esta es una norma que tiene arraigo en nuestras constituciones; como puede verse de los antecedentes que preceden a este comentario: siempre nuestras Cartas mandaron que hubiera una escuela bien donde existiera cierto número de pobladores o, bien, en ciertas circunscripciones territoriales. Ha sido un esfuerzo sostenido a lo largo de nuestra historia que, más allá de sus defi-

ciencias, ha tenido efectos positivos enormes en la capacitación de las personas y en la formación de la conciencia y unidad nacional. Debe perseverarse en él.

El objetivo de erradicar el analfabetismo existe hace largo tiempo en el Perú pero, todavía, persiste un porcentaje de alrededor del 10% de la población nacional que no sabe leer y escribir. El fenómeno es más acentuado en las mujeres que en los varones lo que denota discriminación por género, y también es notorio en ciertos lugares del Perú como la Sierra Sur.

La Constitución de 1979 obligaba al Presidente de la República a referirse a la campaña de alfabetización en su mensaje anual al Congreso. No siempre se hizo por los presidentes de turno, pero era de todas formas un instrumento de presión que no estaba mal mantener. La tarea de alfabetización debe ser un esfuerzo conjunto liderado por el Estado, pero con participación de toda la comunidad nacional porque, ingresar al siglo XXI sin leer ni escribir, es estar condenado a la marginación total no sólo en el país sino en el mundo.

La educación bilingüe e intercultural también ha aparecido ya en el tratamiento anterior del fenómeno educativo que venimos haciendo y obedece a la necesidad de fortalecer la identidad cultural de las minorías, al tiempo que se viabiliza su incorporación a la comunidad nacional. Ambos objetivos son igualmente importantes.

Sobre la educación intercultural (y bilingüe) dice Marisol Rodríguez:

El valor del uso de la lengua materna en la enseñanza escolar es primordial en el proceso de aprendizaje del niño pues representa su único vehículo de comunicación y vínculo establecido con el mundo antes de su llegada al universo escolar.

Todos los conocimientos adquiridos por el niño en su lengua materna en la etapa pre-escolar representan la base conceptual mediante la cual adquiere la destreza de elaborar sus ideas y pensamientos.

La imposición del aprendizaje de una segunda lengua sin haber desarrollado suficientemente la primera, lo pondrá en desventaja en el plano cognitivo.

Las dificultades no quedarán allí. En el plano afectivo también se producirán interferencias pues el niño percibirá la marginación a la cual es sometida su cultura en perjuicio de la construcción de su identidad étnica (35).

Y añade luego:

La interculturalidad intenta entonces, mostrar ese nuevo rostro del Perú, un rostro poliforme y multicultural, enriquecido y autónomo, que busca afirmar su identidad en la tolerancia y el diálogo fraterno.

En otras palabras la educación intercultural es el desarrollo e intercambio de valores y actitudes positivas que procuren el marco necesario para generar un lento pero verdadero proceso de cambio que promueva el diálogo entre el campo y la ciudad, entre el blanco y el cholo, entre los de arriba y los de abajo.

Reconocer, respetar y tolerar nuestras diferencias destacando nuestras semejanzas para una convivencia en armonía y paz es «educar en la interculturalidad (36).

El deber del Estado de preservar las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país, así como el de promover la integración nacional son muy importantes como hemos visto a lo largo de las páginas que nos han traído hasta aquí, pero están fuera de sitio en la parte final del artículo 17, porque se pierden entre muchas otras normas, a veces

(35) RODRIGUEZ VARGAS, Marisol. *Educación intercultural. Aproximaciones hacia una propuesta educativa para la realidad peruana*. Lima, CAAAP, 1996, p. 48.

(36) RODRIGUEZ VARGAS, Marisol. *Educación intercultural. Aproximaciones hacia una propuesta educativa para la realidad peruana*. Lima, CAAAP, 1996, p. 50.

más específicas. Las disposiciones son totalmente pertinentes, pero deberían haber estado en un numeral aparte, que realzara su importancia sistemática.

Las normas internacionales han tratado sobre los temas que aborda este artículo:

“Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 13.- [...]”

2.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente [...].»

La mayoría de los derechos establecidos en esta norma figuraban ya en otros textos vistos antes, particularmente en la Constitución de 1993. Sin embargo los dos últimos incisos añaden elementos nuevos: hay que completar con un esfuerzo especial la formación de quienes sólo hi-

cieron primaria, lo que requerirá de un plan nuevo y adaptado a circunstancias de trabajo; y, las facilidades económicas para los alumnos que no tienen recursos y quieren estudiar: las becas que el Estado debería brindar a las personas en la sociedad para seguir sus estudios.

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice lo siguiente:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

«Artículo 13.-

[...]

3.- Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación:

a. La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b. La enseñanza secundaria en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c. La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d. Se deberá fomentar o intensificar, en la medida de lo posible, la educación básica para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e. Se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales

[...]».

Añade el inciso e. que es un reconocimiento al derecho particular de los minusválidos, a fin de que se pueda diseñar sistemas de educación especial para ellos. Como hemos visto antes, la protección al impedido forma parte de la Constitución.

“Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, artículo 5.-

I.- Los Estados Partes en la presente Convención convienen:

[...]

c) En que debe reconocerse a los miembros de las minorías nacionales el derecho a ejercer las actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar su propio idioma, siempre y cuando:

i) Ese derecho no se ejerza de manera que impida a los miembros de las minorías comprender la cultura y el idioma del conjunto de la colectividad y tomar partes en sus actividades, ni que comprometa la soberanía nacional;

ii) El nivel de enseñanza en estas escuelas no sea inferior al nivel general prescrito o aprobado por las autoridades competentes;

iii) La asistencia a tales escuelas sea facultativa [...]».

El derecho a una educación pluricultural ratificado en esta norma, ha sido ya analizado antes.

“Convenio N.169 OIT, artículo 28.-

I.- Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas

con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo.

2.- Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país.

3.- Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas».

Estas normas apuntan en el sentido que hemos dado anteriormente al tema de la pluriculturalidad y bilingüismo: la integración nacional es tan importante como la preservación de las culturas, el derecho a la propia identidad, etc. Una cosa no excluye la otra y pueden crearse mecanismos adecuados para que estos dos objetivos puedan ser adecuadamente cumplidos.

El Convenio 169 de la OIT trae estas normas:

“Convenio N.169 OIT, artículo 29.- Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional».

“Convenio N.169 OIT, artículo 30.-

1.- Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

2.- A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos».

La protección a las minorías dentro de una nación significativa-

mente más grande que ellas (que es el caso del Perú) debe pasar por reconocer y estimular la propia identidad, y relacionarse fluidamente con los demás. Estas dos normas colaboran a esclarecer los derechos de los pueblos minoritarios en estos contextos.

53. Artículo 18

«Artículo 18.- La educación universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica. El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia.

Las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas. La ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.

La universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados. Participan en ella los representantes de los promotores, de acuerdo a ley.

Cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Universidad fue mencionada por primera vez en la Constitución peruana de 1823:

“Constitución de 1823, artículo 184.- Todas las poblaciones de la República tienen derecho a los establecimientos de instrucción que sean adaptables a sus circunstancias. No puede dejar de haber universidades en las capitales de departamento, ni escuelas de instrucción primaria en los lugares más pequeños; la que comprenderá también el catecismo de la religión católica y una breve exposición de las obligaciones morales y civiles”.

Las otras constituciones que mencionan a la institución son la de 1967 y la de 1933. Aquí sus normas:

“Constitución de 1867, artículo 24.- Son completamente libres, la enseñanza primaria, media y superior, y la fundación de Universidades, con las restricciones que señala el artículo 22, y bajo las condiciones de capacidad y moralidad determinadas por la ley.

Los miembros de Universidades particulares serán admitidos en las que protege el Estado, sin otro requisito que el examen de suficiencia en la facultad en que pretendan incorporarse.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo que antecede al que comentamos en la Constitución de 1979 es el siguiente:

“Artículo 31.- La educación universitaria tiene entre sus fines la creación intelectual y artística, la investigación científica y tecnológica y la formación profesional y cultural. Cada universidad es autónoma en lo académico, económico, normativo y administrativo, dentro de la ley.

El Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia. Las universidades nacen por ley. Son públicas o privadas, según se creen por iniciativa del Estado o de particulares. Se rigen por la ley y por sus estatutos.

Las universidades están constituidas por sus profesores, graduados y estudiantes.

La comunidad y las universidades se coordinan en la forma que la ley señala.

Las universidades otorgan grados académicos y títulos profesionales a nombre de la Nación”.

Las dos Constituciones, con matices de diferencia en la expresión pero con el mismo significado general acogen las siguientes normas:

- Los fines de formación profesional y cultural (la Constitución de 1993 añade que las universidades difunden cultura lo que da un matiz importante de proyección hacia la sociedad y no sólo en el seno mismo de la institución). También la creación intelectual artística, científica y tecnológica. Tal vez los verbos *creación*, *investigación* y *formación* que cambian de un texto a otro parezcan dar significados distintos a las normas pero en realidad no es así en nuestro criterio porque, en cada una de estas materias, de hecho las universidades crean, investigan y forman desde que existen hace poco más de mil años. No se puede excluir ninguna de las acciones de ninguno de los campos mencionados.
- La declaración de la libertad de cátedra y el rechazo a la intolerancia que son aspectos complementarios e indispensables de la enseñanza universitaria.
- El hecho de que la universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados. Esta definición da entidad y contenido institucional a las universidades que, así, no pertenecen sino a la corporación que las conforma. Esta ha sido la forma de organizarlas desde siempre.
- La distinción entre universidades públicas y privadas según quien las promueva. Sin embargo, existe diferencia en la manera de perfeccionar su creación: la Constitución de 1979 establecía que nacían por ley y la de 1993 señala que la ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento. De hecho, en el momento de escribir estas páginas, es el CONAFU el que da estas autorizaciones.
- La norma de que cada universidad es autónoma en los aspectos normativo, académico, administrativo y económico. La Constitución de 1993 establece que también son autónomas en su régimen de gobierno pero consideramos innecesaria esta mención desde que las autonomías anteriores suponen esta última.
- Las universidades se rigen por la Constitución, las leyes y su propio estatuto, lo que da a esta última norma rango legislativo (aunque no de ley sino de norma general de tercer rango, por debajo del rango de ley).

La Constitución de 1993 añade el principio no existente en la de 1979 de que los representantes de los promotores participan en la universidad de acuerdo a ley

Dos normas de la Constitución de 1979 no están presentes en la de 1993:

- Aquella que establecía que la comunidad y la universidad coordinan en la forma que establece la ley, lo que es innecesario en un texto constitucional porque se supone que siempre podrá la ley establecer normas al respecto, ya que la proyección social es función esencial de la universidad, y
- Aquella que establecía que los títulos y grados son dados por las universidades a nombre de la Nación. La eliminación de esta disposición de la Constitución abre paso a dos posibilidades en la ley: que los grados y títulos sigan otorgándose a nombre de la Nación, o que se establezca que se otorgan a nombre de cada universidad. Hasta el momento de escribir estas páginas, sigue vigente la norma de otorgamiento a nombre de la Nación de los títulos profesionales de licenciado y sus equivalentes, establecida en el artículo 22 de la Ley Universitaria (Ley 23733 modificada por el Decreto Legislativo 739 del 8 de noviembre de 1991).

Análisis exegetico

El artículo empieza estableciendo los fines de la educación universitaria que, en sustancia, han sido los mismos desde que estas instituciones empezaron a funcionar hace más de mil años. Son los siguientes:

- La formación profesional, que se realiza de dos formas: la primera, tomando como alumno a quien no tiene conocimientos sobre la especialidad y dándole, tanto los fundamentos científicos y conceptuales de la materia, como las habilidades para su aplicación práctica; y, la segunda, tomando como alumno al profesional ya formado y actualizándolo en sus conocimientos lo que, muchas veces, suele ser una tarea de envergadura por el rápido desarrollo que tiene el volumen de conocimiento de la humanidad en la actualidad.
- La investigación científica, que es el trabajo de hacer avanzar el conocimiento a través del análisis de la realidad y de las ideas, proponiendo nuevas explicaciones y dando matices antes inexistentes. La investigación se realiza mediante el trabajo intelectual y

metodológico riguroso. Los métodos de trabajo intelectual se han desarrollado significativamente en los últimos cuatro siglos, y siguen produciendo, no sólo conocimientos, sino mejores métodos de trabajo. La Universidad es uno de los principales recintos en los que esta acumulación intelectual se produce.

- La investigación tecnológica consiste en el desarrollo de nuevas aplicaciones de los conocimientos existentes: el establecimiento de nuevos métodos de trabajo, la mejora de los materiales, de los procedimientos, de las máquinas y herramientas, la creación de nuevos instrumentos prácticos, etc. La tecnología no tiene que ver con el mayor conocimiento de la realidad (cosa que corresponde a la ciencia) sino con la aplicación, con la praxis de dichos conocimientos. La investigación tecnológica se hace en muchos lugares. La Universidad participa de ese esfuerzo común.
- La creación intelectual y artística es la apertura de la imaginación y el desarrollo de las habilidades de las personas, combinando conocimientos con sentimientos y valores tales como la belleza o la bondad en sus más distintas significaciones. Las universidades no son las únicas que realizan creación intelectual o artística, pero sí constituyen un sitio privilegiado para ella.
- La difusión cultural es un compromiso que la Universidad tiene para con su sociedad, buscando esparcir entre las personas que la componen, el conocimiento y la creación que los miembros de la comunidad universitaria realizan y también la que puede recogerse de todos los aportes de la humanidad. Dentro de la actividad universitaria existe lo que se denomina proyección social que es la vinculación entre Universidad y sociedad. La difusión cultural juega un papel privilegiado dentro de ella.

El artículo continúa diciendo que el Estado garantiza la libertad de cátedra y rechaza la intolerancia. Son dos conceptos estrechamente vinculados entre sí aunque la libertad de cátedra es más comprehensiva que la simple tolerancia.

La libertad de cátedra es un principio de la organización del trabajo universitario consistente en que, dentro de los marcos conceptuales y

metodológicos existentes en el plan de estudios de una determinada disciplina, el profesor que se hace cargo de ella tiene autonomía de criterio para determinar qué incorpora al proceso de aprendizaje de sus alumnos, y cómo lo incorpora, haciéndose consiguientemente responsable de los efectos que tales elecciones tengan.

La libertad de cátedra no significa total autarquía del profesor para determinar el contenido de su curso, porque es parte de un plan mayor de enseñanza al que tiene que someterse. Lo que pretende es que nadie determine lo que se enseña en el aula salvo el propio profesor. Se supone que de esta manera, él pondrá lo mejor de sí y aportará la mejor combinación de conceptos y metodología, que es precisamente uno de los elementos que mantiene en la vanguardia a la formación que da la Universidad. Contribuye a la permanente creatividad en la actividad de aprendizaje.

La libertad de cátedra protege al profesor de las injerencias tanto de las autoridades universitarias, como de los propios alumnos en la determinación del curso. Menos aún de las autoridades públicas. El profesor no puede ser sometido a la intolerancia de estos u otros grupos. Al propio tiempo, el profesor debe ser tolerante con las discrepancias que las autoridades y los alumnos tengan frente a sus propuestas de aprendizaje, tanto fuera como dentro del aula. En especial la tolerancia del profesor dentro del aula: aceptar las preguntas, los argumentos y las ideas distintas de los alumnos y discutirlos, permite un mejor proceso de aprendizaje de ellos y un mayor enriquecimiento mutuo.

Protección al profesor y protección a los alumnos son dos significados complementarios del concepto de tolerancia o, lo que es lo mismo, rechazo de la intolerancia. (Esta forma de legislar en doble negación no es correcta. Se debería afirmar lo positivo antes que negar lo que es rechazable. Así se generan menos problemas de comprensión de la norma misma).

Establece el artículo que las universidades son promovidas por entidades privadas o públicas y que la ley fija las condiciones para autorizar su funcionamiento.

De esta manera, según la Constitución, las universidades deben ser

autorizadas a funcionar y serán privadas o públicas, según sean promovidas por una entidad homóloga.

Las normas para la autorización del funcionamiento de universidades han sido dictadas en la Ley 26439 del 21 de Enero de 1995, que establece el Consejo Nacional para la Autorización de Funcionamiento de Universidades (CONAFU) integrado por ex rectores de universidades los que, de acuerdo a las normas allí establecidas y siguiendo procedimientos predeterminados, analizan los proyectos de nuevas universidades y van procediendo a dar las primeras aprobaciones o desestiman la idea. Este procedimiento ha sustituido a aquel que se siguió hasta la dación de esta ley que consistía en la creación de la Universidad por Ley del Congreso, procedimiento que se prestó a una serie de arbitrariedades en la creación de universidades en los últimos treinta años en el Perú.

El artículo bajo comentario establece que la universidad es la comunidad de profesores alumnos y graduados y que participan en ella los representantes de los promotores según establezca la ley.

La universidad ha sido así definida como una comunidad de profesores alumnos y graduados. Esta es la organización tradicional de la Universidad, y la que reconoce la Constitución en el Perú. Tradicionalmente, y la Ley Universitaria vigente así lo establece, es esta comunidad la que toma las decisiones institucionales, de acuerdo a una organización predeterminada. Dentro de dicha organización, participan los representantes de los promotores.

Este concepto no ha sido claramente definido en la legislación existente, pero siempre se ha dicho que ellos son quienes ponen capital en una universidad y tienen derecho a parte de las decisiones que tome.

Sin embargo, el 8 de noviembre de 1996, se promulgó el Decreto Legislativo 882, Ley de Promoción de la Inversión en la Educación, que abarca a todo tipo de Instituciones Educativas Particulares, entre ellas a las universidades.

Su artículo 2 dice:

“Decreto Legislativo 882, artículo 2.- Toda persona natural o jurí-

dica tiene el derecho a la libre iniciativa privada, para realizar actividades en la educación. Este derecho comprende los de fundar, promover, conducir y gestionar Instituciones Educativas Particulares, con o sin finalidad lucrativa”.

De esta manera, en adelante las instituciones educativas particulares serán generadas a iniciativa de particulares (como también de entidades públicas, dado el caso, pero ello no está regulado por esta ley), y tendrán o no finalidad lucrativa. En otras palabras, la ley permite crear universidades con finalidad lucrativa.

Evidentemente, dichas universidades serán empresas (podrán tener forma empresarial según el artículo 4 del mismo Decreto Legislativo 882) y como garantía a la inversión, las decisiones definitivas serán tomadas por el propietario:

“Decreto legislativo 882, artículo 5.- La persona natural o jurídica propietaria de una Institución Educativa Particular, con sujeción a los lineamientos generales de los planes de estudio, así como a los requisitos mínimos de la organización de las instituciones educativas formulados por el Estado, establece, conduce, organiza, gestiona y administra su funcionamiento, incluyendo a título meramente enunciativo:

- a) Su línea institucional dentro del respeto a los principios y valores establecidos en la Constitución, considerando que la Educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana; promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte; prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad;
- b) La duración, metodología y sistema pedagógico del plan curricular de cada período de estudios, cuyo contenido contemplará la formación moral y cultural, ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos.

La Educación Universitaria tiene como fines la formación profesional, la difusión cultural, la creación intelectual y artística y la investigación científica y tecnológica.

- c) Los sistemas de evaluación y control de los estudiantes.
- d) La dirección, organización, administración y funciones del centro;
- e) Los regímenes económico, de selección, de ingresos, disciplinario, de pensiones y de becas;
- f) Las filiales, sucursales, sedes o anexos con que cuenta de acuerdo a la normatividad específica.
- g) El régimen de sus docentes y trabajadores administrativos;
- h) Su fusión, transformación, escisión, disolución o liquidación; y
- i) Los demás asuntos relativos a la dirección, organización, administración y funcionamiento de la Institución Educativa Particular.

[...] En las Instituciones Educativas Particulares de Nivel Universitario, el Estatuto o el Reglamento Interno de cada una, establece la modalidad de participación de la Comunidad Universitaria, conformada por profesores, alumnos y graduados. El Estatuto o Reglamento Interno debe permitir la participación de la Comunidad Universitaria en los asuntos relacionados al régimen académico, de investigación y de proyección social”.

Este artículo invierte la asignación de atribuciones dentro de estas instituciones educativas particulares, pues mientras en la Constitución las decisiones se toman por la comunidad universitaria con participación de los promotores, aquí, en la ley, las toman los promotores con participación de la comunidad universitaria. La inconstitucionalidad es formalmente evidente.

Pero más aún: una rápida revisión de los incisos del artículo 5 muestra que todas las decisiones académicas son entregadas a los dueños, en particular, las referentes al plan de estudios y a la metodología de trabajo (inciso b), y los sistemas de evaluación y control de los estudiantes (inciso c).

Esta ley ha dado vuelta al texto constitucional y, en nuestro criterio, muestra en este punto una inconstitucionalidad manifiesta. Es cierto

que siempre será posible que un grupo privado de cualquier naturaleza pida autorización y funde una universidad, pero ese grupo, constitucionalmente hablando, tendrá que participar dentro de la Comunidad Universitaria en la toma de decisiones. Si bien otras instituciones de enseñanza pueden tener una organización diferente, la de las universidades está ya constitucionalizada y no puede ser cambiada sino con una reforma constitucional. En nuestra opinión, desde luego, esa reforma no debe hacerse.

Nuestra crítica al Decreto Legislativo 882 va más allá, hasta considerar que es inadecuado dar finalidades lucrativas a una universidad que, por definición, es una institución de enseñanza, investigación y proyección social. Es posible que alguien pueda hacer negocio estableciendo una universidad, especialmente en un país que necesita enorme cantidad de servicios educativos, pero se perderá el verdadero sentido universitario, que es el servicio al conocimiento y a la formación de las personas.

La parte final del artículo que comentamos establece que la Universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. En la medida que la universidad es la comunidad de profesores, alumnos y graduados, es evidente que la autonomía recae en dicha comunidad.

El concepto de autonomía universitaria es muy discutido y merece aclaración. René Ortiz ha elaborado una tesis de Magíster dedicada al tema de la matrícula universitaria como institución jurídica, pero ha hecho un largo análisis de los elementos propios de la definición de Universidad. Sobre autonomía universitaria dice:

Conforme al pensamiento de la época y a la obra kantiana, que quizás simplifiquemos con exceso, se tiene que todas las personas, como seres racionales, realizan actos voluntarios y todo acto de voluntad requiere de una ley o imperativo ante la razón para su existencia, pudiendo ser autónoma o heterónoma dicha ley, según sea el propio ser actuante un legislador de sí mismo o provenga la ley de una fuente legislativa ajena al actor. Este carácter de «legislador de sí mismo» —paso indispensable pero no suficiente para entender cómo los seres racionales pueden ser radicalmente li-

bres— es el que se popularizó extendiéndose a muchos otros ámbitos como el jurídico (37).

El argumento es típicamente individualista y liberal: el legislador de sí mismo es, en efecto, el concepto de libertad que primará luego del siglo XVIII en la cultura occidental. La Universidad, que es institución de origen medieval, tuvo una situación particular desde sus orígenes ya que en la Edad Media se solía dar ciertos privilegios y autonomías a instituciones o ciudades importantes, que sometidas al poder del rey, tenían sin embargo una amplia libertad para organizarse. Vinculamos ciudad con universidad porque muchas de éstas dieron lugar a ciudades a su alrededor, de manera que la experiencia universitaria original fue urbana por antonomasia, aunque de poblado pequeño.

De manera que las universidades no ganaron nunca la libertad de autogobernarse porque, bajo diversas modalidades, siempre la tuvieron. Cuando llega el individualismo libertario, y un poco más tarde el fenómeno de las personas jurídicas, es muy posible que las universidades hayan transitado de ser corporaciones a ser personas jurídicas pero manteniendo las mismas características de autogobierno que tuvieron desde sus orígenes. Para ellas el individualismo liberal no debe haber sido sino la consagración de una forma de ser. Dice Ortiz:

La acepción kantiana de autonomía ha sido proyectada del ámbito de la moralidad —humana e individualmente humana por naturaleza— al de las instituciones y al de las relaciones interinstitucionales, de suerte que se entienda por autonomía, la capacidad de darse a sí mismo la legislación que le regule, con mayor o menor independencia de otros poderes superiores, como el Estado, por ejemplo; (38).

-
- (37) ORTIZ CABALLERO, René. *La matrícula universitaria: ¿contrato privado o acto administrativo?* Lima, tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil-PUCP, 1995. Cap. I, pp. 18-19.
- (38) ORTIZ CABALLERO, René. *La matrícula universitaria: ¿contrato privado o acto administrativo?* Lima, tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil-PUCP, 1995. Cap. I, p. 19.

Corresponde, como vemos, el concepto de autonomía que aquí aparece con el que tenía ya la universidad corporativa medieval de darse sus propias normas. En realidad, bajo nuevos ropajes, la Universidad siguió siendo lo que era: una entidad autónoma en el sentido que se daba sus propias normas.

La Ley 23733, Ley Universitaria vigente, establece sus propias disposiciones sobre las universidades y la autonomía dice:

«Ley 23733, artículo 4.- La autonomía inherente a las Universidades se ejerce de conformidad con la Constitución y las leyes de la República e implica los derechos siguientes:

- a. Aprobar su propio Estatuto y gobernarse de acuerdo con él.
- b. Organizar su sistema académico, económico y administrativo.
- c. Administrar sus bienes y rentas, elaborar su presupuesto y aplicar sus fondos con la responsabilidad que impone la ley».

Puede verse que los dos primeros incisos son de autorregulación: aprobar su norma básica que es el Estatuto, y organizar el sistema académico, económico, y administrativo. Es decir, son las normas básicas institucionales. De entre ellas, el sistema académico es fundamental, por la trascendencia que tiene en la actividad universitaria y en su razón misma de ser.

El inciso c. tiene más bien que ver con su autonomía funcional y de ejercicio: nadie es verdaderamente autónomo si no maneja sus recursos. La Universidad siempre los manejó y este inciso, por tanto, no es sino el complemento indispensable de la capacidad de autoregulación, para decir que la institución es efectivamente autónoma.

Por su parte, la Asamblea nacional de Rectores presentó un proyecto de Ley de bases de las universidades y caracterizaba así a la autonomía:

«Artículo 2.- La Universidad tiene autonomía para el cumplimiento de su misión, fines y objetivos y la ejerce dentro de la Constitución y las leyes. Esta autonomía se expresa en las siguientes libertades:

- a. Libertad normativa, para aprobar su estatuto y las demás normas reglamentarias que la rigen.
- b. Libertad de gobierno, para estructurar, organizar y conducir la institución universitaria.
- c. Libertad académica para crear, modificar o suprimir facultades y carreras; aprobar los currículos y los programas de investigación; determinar el modo de acceder a los estudios superiores, así como los requisitos o exigencias en los estudios y las aptitudes que deben ser adquiridas para optar los grados académicos y los títulos profesionales; definir las calificaciones o méritos que debe poseer quien pretenda iniciarse o progresar en la carrera docente.
- d. Libertad administrativa, para adoptar los sistemas de gestión que considere adecuados; nombrar y remover al personal de la Universidad; y disponer los órganos de producción y servicios necesarios para el cumplimiento de sus fines.
- e. Libertad económica para administrar y disponer de su patrimonio; y para determinar las formas de generar y aplicar los recursos que financien su funcionamiento, sin perjuicio del derecho que asiste al Estado o a las entidades financieras privadas de evaluar, de acuerdo con sus normas, el modo en que han sido administrados sus aportes.»

Los rectores tienen un concepto de autonomía universitaria que comprende varios aspectos: la libertad normativa que es precisamente, la de dictarse sus propias normas; la libertad de gobierno que es consustancial a la anterior y significa organizar su propio sistema de conducción y elegir a sus autoridades; la libertad académica que es la que corresponde estrictamente a su misión de enseñar e investigar; la libertad administrativa que le permita conducirse operativamente y que también es muy importante porque de nada vale tener todas las otras capacidades de decisión si no se puede, finalmente, hacer cumplir sus conclusiones porque no se tiene poder de dirigir la marcha institucional y el quehacer de las personas que trabajan allí; y, finalmente, la libertad económica que es la que permite asignar de mejor manera los recursos para cumplir las finalidades y tareas establecidas

Nos parece que esta operacionalización del concepto autonomía universitaria ha estado excelentemente trabajada y la compartimos.

Tradicionalmente, se ha identificado en ciertos sectores sociales, y universitarios específicamente hablando, la idea de autonomía con la de extraterritorialidad de los locales universitarios. Los rectores hacen una clara diferencia entre ambos al establecer en el artículo 3 de su proyecto:

«Artículo 3.- El domicilio universitario es inviolable y está constituido por todos los inmuebles que ocupa la Universidad para el cumplimiento de sus fines. La Policía Nacional sólo puede ingresar en él por mandato judicial o a petición expresa del Rector, quien dará cuenta inmediata al Consejo Universitario, salvo el caso de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración. En el caso de que la Universidad desarrolle sus actividades en ciudad universitaria o campus, la Policía Nacional puede ejercer vigilancia sobre sus vías para resguardar el patrimonio institucional y garantizar el orden y la seguridad de las personas».

Como puede verse, los rectores dan a los locales universitarios un régimen básicamente igual al de la inviolabilidad del domicilio: sólo se puede ingresar en él por mandato judicial o a petición expresa del rector, salvo casos de delito. La vigilancia de un campos, corresponde a toda función de vigilancia de la policía en lugares abiertos al público.

Sobre el tema de los locales universitarios hubo dos normas distintas dictadas por el Poder Ejecutivo y el Congreso en la época previa al golpe de Estado del 5 de Abril de 1992 y que fueron parte de la discrepancia entre ambos órganos, a propósito del conjunto de disposiciones que debía establecerse para combatir el terrorismo.

El Poder Ejecutivo dictó el Decreto Legislativo 726 del 08 de noviembre de 1991 cuyo artículo 1 dijo:

«Decreto Legislativo 726, artículo 1.- Modifíquese el artículo 8 de la Ley 23733 el mismo que tendrá el texto siguiente:

«Artículo 8.- El recinto y los locales universitarios sólo son utilizados para el cumplimiento de sus fines propios y dependen exclusivamente de la respectiva autoridad universitaria».

Prevía autorización del Ministro de Defensa, o del Interior, o de los Comandos Militares o Policiales en su caso, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, podrán ingresar a los locales universitarios, cuando tomen conocimiento que elementos o grupos terroristas perturben la paz y el orden interno; respetando la autonomía Académica y Administrativa de dichos centros de estudios»».

Cuatro meses después, al revisar varios de estos decretos legislativos emitidos por el Ejecutivo en ejercicio de función delegada, el Congreso aprobó la Ley 25416 del 12 de marzo de 1992 cuyo artículo único mandó:

«Artículo único. Sustitúyase el artículo 8 de la ley 23733 modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 726 en los siguientes términos:

«Artículo 8.- Los locales universitarios constituyen domicilio institucional y, en consecuencia, son inviolables».

Salvo en caso de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, la Policía Nacional sólo puede ingresar en ellos por mandato judicial o a petición expresa del Rector de la que ese dará cuenta inmediata al Consejo Universitario.

El campus universitario, forma parte de la estructura urbana y la Policía Nacional puede ejercer vigilancia en él, para resguardar el patrimonio universitario y prevenir la comisión de delitos.

En las zonas declaradas en estado de emergencia, el presidente de la República puede disponer la intervención de las Fuerzas Armadas en los locales universitarios.

Las acciones a que se refiere el presente artículo no comprometen el ejercicio de la libertad de cátedra».

La ley quedó en medio entre la posición extrema del Ejecutivo y las reglas antes existentes: se reconocía la inviolabilidad de domicilio salvo en los lugares bajo estado de emergencia y siempre había que respetar la libertad de cátedra. El conjunto, en aquellas circunstancias, resultó su-

ficientemente armónico y coherente con las disposiciones constitucionales.

Cuando finalmente el artículo que comentamos establece que las universidades se rigen por sus propios estatutos dentro del marco de la Constitución y las leyes, no está sino definiendo la autonomía de la que hemos estado tratando.

En los instrumentos internacionales hemos encontrado la siguiente disposición aplicable a las universidades:

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice:

«Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13.-

[...]

2.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

[...]”

La igualdad de oportunidades es esencial en la educación universitaria por la alta especialización que da y que requiere personas con vocación y calidades para el trabajo intelectual. En esto no debe ser definitoria la capacidad de pago del buen alumno, sino su formación. El Pacto habla de implantación progresiva de la enseñanza gratuita. En estos tiempos no se transita por dicho camino, pero sí sería deseable que el Estado, cumpliendo esta disposición que es exigible dentro del Perú como norma jurídica, estableciese sistemas de becas dirigidos a los propios alumnos que no cuentan con capacidad económica adecuada para seguir sus estudios superiores.

54. Artículo 19

«Artículo 19.- Las universidades, institutos superiores y demás centros educativos constituidos conforme a la legislación en la materia gozan de inafectación de todo impuesto directo e indirecto que afecte los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y cultural. En materia de aranceles de importación, puede establecerse un régimen especial de afectación para determinados bienes.

Las donaciones y becas con fines educativos gozarán de exoneración y beneficios tributarios en la forma y dentro de los límites que fije la ley.

La ley establece los mecanismos de fiscalización a que se sujetan las mencionadas instituciones, así como los requisitos y condiciones que deben cumplir los centros culturales que por excepción puedan gozar de los mismos beneficios.

Para las instituciones educativas privadas que generen ingresos que por ley sean calificados como utilidades, puede establecerse la aplicación del impuesto a la renta.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 que antecede al artículo que comentamos es la siguiente:

“Artículo 32.- Las universidades y los centros educativos y culturales están exonerados de todo tributo creado o por crearse. La ley establece estímulos tributarios y de otra índole para favorecer las donaciones y aportes en favor de las universidades y centros educativos y culturales”.

Una diferencia fundamental ha sido establecida en materia de exención: la Constitución de 1979 lo hacía de todo tributo (en lo que incluía impuestos, contribuciones y tasas según las definiciones establecidas) en tanto que la Constitución de 1993 sólo exonera de impuestos que afecten a los bienes, actividades y servicios propios de su finalidad educativa y

cultural. El tratamiento de la Constitución de 1993 es más restringido al no declarar la inafectación por contribuciones y tasas.

Otra diferencia importante es que la Constitución de 1979 se refería indistintamente a los centros educativos y culturales, en tanto que el artículo 19 de la Constitución de 1993 se refiere sólo a *Las universidades, institutos superiores y demás centros educativos constituidos conforme a la legislación de la materia*" y sólo en la parte final del penúltimo párrafo autoriza a que se establezca requisitos y condiciones para que los centros culturales *por excepción* puedan gozar de los mismos beneficios.

La Constitución de 1993 prevé la posibilidad de establecer régimen especial de afectación en aranceles de importación que, bajo la Constitución de 1979 también estaban incluidos en la exención.

Ambas Constituciones permiten tratamiento tributario especial a las donaciones que reciban las universidades. En el momento de escribir estas páginas no existe tratamiento alguno especial para estos casos.

La Constitución de 1993, a diferencia de la de 1979, señala que la ley norme los mecanismos de fiscalización respectivos.

Finalmente, en la medida que se ha establecido la posibilidad de que los centros educativos tengan fines lucrativos (ver tratamiento del artículo 15 de la Constitución de 1993), el último párrafo del artículo 19 de la Constitución de 1993 prevé que pueda aplicarse el impuesto a la renta a las rentas calificadas como utilidades que produzcan las instituciones educativas privadas. Esta posibilidad no estaba abierta en la Constitución de 1979 desde que sus normas preveían que las instituciones educativas carecían de fines lucrativos.

Análisis exegetico

El primer párrafo del artículo declara la inafectación de impuestos a los bienes, actividades y servicios propios de la finalidad educativa y cultural de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos constituidos de acuerdo a la ley.

La inafectación equivale a decir que estas instituciones no están

obligadas a pagar impuesto alguno que grave las actividades y bienes señalados. Para ellas, el impuesto no existe.

Los impuestos están definidos en el Código Tributario de la siguiente manera:

“Código Tributario, NORMA II : AMBITO DE APLICACION

Este Código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos. Para estos efectos, el término genérico tributo comprende:

- a) Impuesto: Es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.

[...]”.

Nuevamente aquí el Decreto Legislativo 882 comete una abierta inconstitucionalidad al derogar, en su artículo 16, la inafectación de las Universidades, sustituyéndola por una exoneración sujeta a plazo hasta el año 2,000 que es figura excluyente y distinta que la que establece la Constitución en la disposición que comentamos. Por consiguiente, creemos que aquí hay una inconstitucionalidad en el Decreto Legislativo 882 que debiera ser corregida.

También la Constitución faculta al Estado a dictar un régimen especial de aranceles para las importaciones que realicen estas instituciones. Durante largo tiempo, incluida la vigencia de la Constitución de 1993, el Estado ha dado exoneración de aranceles a las universidades.

Dice la Constitución que estos beneficios se producen en favor de bienes actividades y servicios propios de la finalidad educativa y cultural de la Universidad. Esto debe ser entendido como todo lo que coadyuva al trabajo educativo y cultural de la Universidad. En este sentido, el tratamiento tributario favorable debe producirse sobre los ingresos que la Universidad destine a sus fines. Si ella hace un contrato con alguna institución y el dinero lo invierte en sus propias finalidades, deberá estar inafecto porque contribuye directamente a la actividad educativa o cultural.

Hay quienes sostienen que cuando las universidades reclaman por el derecho de inafectación que tienen en la Constitución y que borra el Decreto Legislativo 882, están buscando privilegios, con la connotación de que esto es arbitrario. Pero la norma de exención para las universidades viene de la Constitución de 1979 y tiene ya decenios de aplicación en el Perú, estando por lo demás legitimada en multitud de países en el mundo. Por consiguiente, cuando se reclama un asunto de esta naturaleza, en caso alguno se está pidiendo privilegios ilegítimos. Más bien, se exige que se aplique una norma constitucional que amenaza ser vulnerada por el Estado, que es el primero que debe cumplir la Constitución.

El segundo párrafo establece que las donaciones y becas con fines educativos tendrán exoneraciones y beneficios tributarios según fije la ley. En realidad, estos beneficios fueron eliminados en todo lo sustantivo a partir de 1992. El Perú es uno de los pocos países del mundo que ha derogado, y no ha sustituido por otra mejor, la política de beneficio de donaciones en favor de las universidades. Si esta situación persiste, los altísimos costos que tiene la tecnología moderna que se debe poner en laboratorios y otras maquinarias para enseñar con alta calidad, harán o bien que las universidades no se renueven tecnológicamente, o que lo hagan a un costo prohibitivo para los alumnos, que así serán escogidos por su capacidad de pago y no por su capacidad intelectual.

Es en nuestro criterio muy importante que esta política se reabra, en términos razonables y con un sistema de supervisión adecuado, para evitar abusos pero volver a dar la posibilidad de que las universidades capten donaciones de la sociedad.

Los mecanismos de fiscalización que habrá de establecerse sobre las universidades tienen que prever que se garantice su autonomía de decisión. No hay que olvidar que en instituciones distintas a ella, la adquisición de libros, o de material pedagógico de multimedia, puede ser considerado un lujo innecesario. En una universidad son esenciales para su presente y su futuro.

En definitiva, el sistema de fiscalización para las universidades tendría que ser un cuerpo especial que tenga la habilidad suficiente para entender los detalles de las cuentas y decisiones de una universidad, pero también con el conocimiento institucional suficiente como para no hacer

un sistema de control que no se condiga con la naturaleza misma de una institución de enseñanza e investigación.

A estos beneficios también podrán someterse, si el Estado lo considera pertinente, los centros culturales que sean seleccionados excepcionalmente.

Concluye el artículo estableciendo la posibilidad de gravar las utilidades de las instituciones educativas privadas. Esta norma tendría que ser excluida cuando se trate de los casos previstos en el primer párrafo de este artículo, pues todo lo que coadyuve a la finalidad educativa y cultural de la Universidad, está inafecto.

Sin embargo, si una institución educativa tiene fines de lucro y distribuye utilidades, es evidente que deberá estar gravada, probablemente con un régimen tributario distinto al de las demás empresas, pero en ese caso se tendrá que pagar impuestos. Sin embargo, hay que notar que estos detalles han sido totalmente pasados por alto en el Decreto Legislativo 882, que no hace una taxonomía adecuada de las universidades del país.

55. Artículo 20

«Artículo 20.- Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público. La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

No hubo en las Constituciones que tratamos en esta parte mención expresa de los Colegios profesionales. Sólo en el segundo párrafo de la Constitución de 1920 podría encontrarse una remota relación con ellos:

“Constitución de 1920, artículo 46.- La Nación garantiza la libertad de trabajo, pudiendo ejercerse libremente todo oficio, industria o profesión que no se oponga a la moral, a la salud ni a la seguridad pública.

La ley determinará las profesiones liberales que requieran título para su ejercicio, las condiciones para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma precedente de la Constitución de 1979 es la siguiente:

“Artículo 33.- Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personería de derecho público. La ley establece su constitución y las rentas para su funcionamiento.

Es obligatoria la colegiación para el ejercicio de las profesiones universitarias que señala la ley”.

Las dos Constituciones coinciden en otorgar estas tres características a los colegios profesionales:

- Institucionalidad autónoma.
- Personería jurídica de Derecho Público. Por concordancia con otras normas del sistema jurídico, y particularmente con el artículo 76 del Código Civil.
- Que la ley establecerá cuáles carreras profesionales deben ser de colegiación obligatoria.

La diferencia, nuevamente debida a las orientaciones neoliberales del constituyente de 1993, consiste en que la Constitución de 1979 establecía que la ley indicaría las rentas de funcionamiento de los Colegios en tanto que la Constitución de 1993 calla al respecto. De hecho, en los últimos años, se ha retirado a los colegios profesionales ciertos privilegios que tenían en la captación de tasas por la prestación de servicios profesionales de sus agremiados.

Análisis exegético

Desde la Edad Media ocurre que las profesiones y los oficios se agrupan en corporaciones autoreguladas, las que en el pasado, tenían sus propios patrones, sus secretos, sus formas de ingreso y su estructura interna de jerarquías. Inclusive, se acomodaban en barrios para compartir el

mismo espacio. Muchas veces recibían privilegios de los monarcas a cambio de su lealtad. Esto convenía a ambas partes porque daba legitimidad a la corporación y daba ingresos tributarios a la corona.

Los colegios profesionales de que trata este artículo son una especie de herencia de aquellas corporaciones, transformados por los cambios experimentados en la estructura del Estado moderno que, desde luego, no acepta instituciones privadas completamente autónomas de su poder (cuando menos legislativo) en todos los aspectos que hemos mencionado en el párrafo anterior. El concepto de soberanía desarrollado por Bodino a fines del siglo XVI dio al Estado un poder absoluto al interior de la organización política y dentro de ella no fue posible que subsistieran las corporaciones en la forma que tuvieron durante la Edad Media.

El artículo establece que los colegios profesionales son instituciones autónomas. Si bien hay variaciones en la organización de los diferentes colegios, en muchos casos debidas a las características mismas de la profesión, hay también ciertos rasgos comunes que podemos describir.

En primer lugar, los colegios profesionales determinan autónomamente los requisitos para el ingreso de nuevos miembros. No pueden establecer normas que prohíban el ingreso de nuevos profesionales, pero sí pueden pedirles calificaciones especiales o, inclusive, pasar exámenes propios del ejercicio profesional. En algunos casos se exige ejercicio práctico de las tareas profesionales por un cierto tiempo, bajo un supervisor ya incorporado al Colegio. Otras veces, el colegio se reserva el derecho de considerar si un diploma profesional emitido por una universidad, cumple o no los requisitos establecidos para la profesión.

En segundo lugar, el Colegio se organiza a sí mismo, dándose la estructura y reglas de funcionamiento que estime pertinentes. Para ello tendrá estatutos y reglamentos internos. Si bien las estructuras internas pueden variar mucho de institución a institución, la participación democrática de los miembros es una característica siempre presente en ciertas decisiones y en la nominación de las autoridades (generalmente denominadas *mesa directiva* presidida por un *Decano*).

En tercer lugar, el colegio norma el ejercicio profesional, principalmente a través de un código de ética profesional que él mismo aprueba, y

mediante el recurso a comisiones especializadas en revisar la conducta de sus miembros. En la sociedad muchas veces se considera que estas comisiones de ética profesional suelen ser estériles porque sólo sancionan a los profesionales en los casos extremos. Es un problema que los colegios deben revisar en función no sólo del servicio a sus agremiados, sino también de su rol en la sociedad como garantes de la profesión que les compete.

En cuarto lugar, las autoridades elegidas de cada colegio, representan a la profesión y sus profesionales ante todo tipo de autoridades. En este sentido, pueden emitir pronunciamientos y hacer sugerencias en representación de la orden. Inclusive, según el artículo 107 de la Constitución, ejercen el derecho de iniciativa legislativa en las materias que les son propias.

Finalmente, los colegios prestan servicios del más diverso tipo a sus afiliados: desde contratación de seguros y protección en casos de amenaza al ejercicio profesional, hasta la provisión de locales de esparcimiento.

Dice la Constitución que los colegios profesionales tienen personalidad de derecho público. En el país existen dos grandes géneros de organización institucional: uno privado, que es el acuerdo de personas o instituciones privadas para conformar un ente, generalmente una asociación o una empresa. En este caso, la institución emergente del acuerdo sólo tiene el alcance que le dan las voluntades privadas que la conforman, naturalmente, dentro de los marcos de las leyes.

La otra es la forma de Derecho público, que significa que las personas ingresan a la institución, que inclusive tienen derecho de decisión al interior de ella, pero que la legislación da a dicha institución una función social de interés público que no puede ser cuestionada ni modificada por los afiliados. El requisito evidente de carácter formal para que esto sea posible, es que se dicte una ley de creación de dicha institución con personalidad de Derecho público y eso es precisamente lo que manda el artículo 76 del Código Civil cuando dice: "La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación".

Cada colegio profesional, en efecto, tiene su propia ley de creación.

A pesar de sus antiguas vinculaciones con los gremios y corporaciones, y de sus características tan autárquicas, todavía la sociedad contemporánea no ha encontrado una mejor forma de organizar y regular las profesiones.

La Constitución establece que las leyes mandarán ciertos casos en los que la colegiación es obligatoria para su ejercicio.

Como se sabe, las profesiones universitarias se cursan en las universidades las que, también autónomamente, establecen los requisitos que conducen al título profesional. Cuando éste fue ya obtenido, la persona es académicamente profesional. Sin embargo, a veces por la naturaleza misma del dicha profesión, es conveniente que la persona esté identificada por un colegio de especialistas que certifica que ella, efectivamente, pertenece al grupo de dichos profesionales. Son muchos los casos pero es típico que esto suceda en las profesiones liberales clásicas: médicos, ingenieros y abogados. En el Perú estos tres son colegios de antigua data y significativos en el contexto social aunque existen varios otros.

Cuando la colegiación es obligatoria para el ejercicio profesional, el colegio respectivo inscribe al profesional y le da un documento (normalmente un carnet), que lo identifica como miembro y le permite trabajar. Si alguien debe estar colegiado, no lo está, y ejerce la profesión, comete un delito. Dice el Código Penal:

“Código Penal, artículo 363.- El que, con falso título, o el titulado que sin reunir los requisitos legales, ejerce profesión que los requiera, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”.

En este caso, la conducta tipificada será la del titulado que no reúne los requisitos legales, uno de los cuales será estar colegiado porque así lo mande la ley.

En el Perú, los colegios profesionales están organizados con base regional: Lima, Arequipa, etc. La organización puede tener que ver con la distribución de territorios entre departamentos, o por otros procedimientos de división del territorio semejantes (por ejemplo, los distritos judiciales para los casos de los Colegios de Abogados). Hasta hace pocos

años, al profesional se le exigía estar colegiado en cada uno de los colegios en los que le correspondía ejercitar funciones. Por ejemplo en el caso de los abogados, si una persona tenía asuntos que trabajar en Lima y el Callao, debía inscribirse en los dos colegios de abogados respectivos.

Sin embargo, el Gobierno dictó el Decreto Ley 25873 del 24 de noviembre de 1992 cuyo artículo 1 estableció:

«Decreto Ley 25873, artículo 1.- A partir de la vigencia del presente Decreto Ley, el libre ejercicio de las profesiones universitarias liberales en todo el territorio nacional, exigirá sólo la inscripción en uno de los Colegios Departamentales de la Profesión correspondiente; en consecuencia bastará la presentación de la acreditación que otorgue el respectivo Colegio Departamental»

De manera que en la actualidad basta que el profesional esté inscrito en un sólo colegio de la República para que pueda ejercitar su profesión en todo el territorio nacional. Es, estimamos, una norma correcta.

56. Artículo 21

«Artículo 21.- Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio.

Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Fue en la Constitución de 1933 que encontramos la primera referencia al patrimonio cultural de la Nación:

“Constitución de 1933, artículo 82.- Los tesoros arqueológicos, artísticos e históricos están bajo la salvaguarda del Estado”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 que antecede a ésta bajo comentario es la siguiente:

“Artículo 36.- Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, declarados patrimonio cultural de la Nación, están bajo el amparo del Estado. La ley regula su conservación, restauración, mantenimiento y restitución”.

La primera parte del artículo 21 bajo comentario es coincidente con las normas que contiene el artículo 36, aún cuando en la Constitución de 1993 hay algunos detalles adicionales que vale la pena anotar:

- En la enumeración inicial se añade los lugares, documentos bibliográficos y de archivo como bienes susceptibles de ser bienes culturales. Es una incorporación adecuada.
- Protege no sólo a los bienes ya declarados como culturales, sino también a los que se presume como tales de manera provisional. Es también una norma correcta.
- Aclara que dicha protección es independiente de su condición de propiedad privada y pública, lo que debe ser así.

Añade todo el segundo párrafo que, concorde con el espíritu neoliberal de los redactores de la Constitución, descansa no sólo en el Estado sino en los agentes privados para la protección de los bienes culturales. Las normas principales que se ha añadido son:

- Se garantiza la propiedad del patrimonio cultural (aunque sea privado, se entiende).

- Se estimula la participación privada en todos los asuntos que conciernen al mantenimiento y difusión del patrimonio cultural.
- Se establece norma expresa que estimula la restitución de los bienes culturales al país cuando se hallen en el exterior. Es, nuevamente, una medida acertada y, por la gran riqueza cultural del Perú, debe figurar en la Constitución.

Análisis exegético

El artículo establece dos tipos de normas en su primer párrafo: una referida a la enumeración de lo que puede ser considerado patrimonio cultural de la Nación, y la otra referida a la protección que le brinda el Estado.

La enumeración constitucional no está claramente elaborada. Por ejemplo, muchos restos arqueológicos son *lugares* o *monumentos*. Esto muestra que los conceptos se entremezclan.

De otro lado, no todo lo que pueda ser incluido en dicha clasificación es patrimonio cultural, sino solamente aquello que haya sido declarado expresamente bien cultural, y lo que se presuma que es tal cosa.

La Ley 24047 del 03 de Enero de 1985, que ha tenido varias modificaciones, es la Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación. En ella se detallan estas disposiciones. Sus normas más concretamente aplicables a lo que venimos tratando son las siguientes:

«Ley 24047, artículo I.- El Patrimonio Cultural de la Nación está bajo el amparo del Estado y de la Comunidad Nacional cuyos miembros están en la obligación de cooperar a su conservación.

El Patrimonio Cultural de la Nación está constituido por los bienes culturales que son testimonio de creación humana, material o inmaterial, expresamente declarados como tales por su importancia artística, científica, histórica o técnica. Las creaciones de la naturaleza pueden ser objeto de igual declaración».

La importancia de fondo del establecimiento del patrimonio cultural de la Nación se halla declarada en el segundo párrafo de este artículo:

son testimonio de la creatividad humana y tienen importancia artística, científica, histórica o técnica. Un argumento muy importante no establecido en la norma es también, que constituyen la obra de nuestros antepasados, que dan testimonio de lo que fuimos, de dónde vinimos, y que ello es importante para explicar nuestra historia y para entendernos a nosotros mismos. Constituir el patrimonio cultural de la Nación es honrar nuestro pasado y construir mejor nuestro futuro.

La Constitución señala que no sólo forman del patrimonio cultural de la Nación los bienes declarados sino los que se presumen tales. El artículo 2 de la Ley desarrolla este concepto:

«Ley 24047, artículo 2.- Se presume que tienen la condición de bienes culturales, los bienes muebles e inmuebles de propiedad del Estado y de propiedad privada, de las épocas prehispánica y virreinal, así como aquellos de la república que tengan la importancia indicada en el artículo anterior. Dichos bienes, cualquiera fuere su propietario, son los enumerados en los artículos 1 y 4 del Convenio UNESCO-1972 y artículos 1 y 2 del Convenio de San Salvador-1976.

La presunción se confirma por la declaración formal e individualización hecha a pedido del interesado por el órgano competente del Estado, respecto a su carácter cultural, y se extingue por la certificación por el mismo organismo en sentido contrario.

Sólo el Estado ejerce los derechos tuitivos originados por la presunción del bien cultural».

Una presunción como ésta, en el Derecho, quiere decir que el bien será considerado cultural a menos que se establezca certificación que no lo es, según el segundo párrafo del artículo que acabamos de citar. Por el contrario, si se extiende el certificado de bien de carácter cultural, entonces la presunción deja de tener efecto porque ya hay declaración formal.

Las certificaciones en uno u otro sentido, así como la extinción de las certificaciones otorgadas, es función exclusiva del Estado peruano. A ello se refiere el párrafo final cuando dice que sólo el Estado ejerce los derechos tuitivos allí indicados.

Finalmente, es la propia Ley 24047 (modificada en esta parte por la ley 26576 del 12 de Enero de 1996), la que hace una enumeración más técnica que la propia Constitución sobre lo que es y no es bien cultural. Dice:

«Ley 24047, artículo 4.- Son bienes culturales:

1) Inmuebles:

- a) Los sitios arqueológicos;
- b) Los edificios y demás construcciones de valor artístico, científico, histórico, técnico; y,
- c) Los conjuntos y ambientes de construcciones, urbanos o rurales, que tengan valor cultural aunque estén constituidos por bienes de diversa antigüedad y destino.

La condición de bien inmueble del Patrimonio Cultural de la Nación será inscrita de oficio en la partida correspondiente del Registro de la Propiedad Inmueble, consignando las restricciones y limitaciones de uso correspondientes en cada caso.

La protección de los bienes inmuebles comprende el suelo y subsuelo en que se asientan, los aires y el marco circundante en la extensión técnicamente necesaria para cada caso.

2) Muebles: Muebles, restos paleontológicos, objetos, documentos, libros y demás cosas que siendo de condición jurídica mobiliaria, tienen además las características y méritos señalados en el artículo 1.

Finalmente, el artículo 14 de la Ley 24047, también modificado por la Ley 26576, establece las reglas de disposición y registro de los bienes que constituyen patrimonio cultural de la Nación. Dice:

«Ley 24047, artículo 14.- Dentro del país, los bienes culturales pueden ser objeto de transferencia de propiedad así como de traslado de ubicación, con excepción de las partes integrantes de un inmueble declarado bien cultural o de las piezas de un conjunto de bienes que tienen vinculación entre sí o integran colecciones registradas en el órgano competente, que requiere la autorización previa del Instituto Nacional de Cultura.

Los restos paleontológicos y en especial los fósiles u osamentas de vertebrados extinguidos no pueden ser comercializados».

En la siguiente parte del artículo constitucional se establece que la ley garantiza la propiedad (privada o pública, se entiende) de los bienes que integran el patrimonio cultural de la Nación. Como puede verse de las disposiciones anteriores, esa propiedad está sujeta a ciertas restricciones, sobre todo de disposición. Sin embargo, no es extraño que en algunos ámbitos la ley ponga normas o cargas adicionales al derecho de propiedad porque se ejerce dentro de los límites de la ley como indica el propio artículo 70 de la Constitución. En este caso, por lo demás, los límites impuestos son completamente razonables en nuestro entender.

Finalmente, y concorde con su espíritu liberal y privatista, la Constitución autoriza la participación privada en el mantenimiento del patrimonio cultural de la Nación, particularmente reconociendo el derecho de propiedad y probablemente el de disfrute a cambio de la inversión que sea necesaria, y también promoviendo la repatriación de los bienes que hayan sido trasladados fuera del territorio nacional que, por lo demás, tienen un crecido número.

Si las normas que regulan detalladamente estos aspectos son coherentes y determinan un control flexible pero efectivo, la participación privada aquí establecida puede ser sin duda benéfica, sobre todo por las limitaciones presupuestales del Estado para afrontar la tarea.

57. Artículo 22

«Artículo 22.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente de la Constitución de 1979 es la siguiente:

“Artículo 42.- El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al Es-

tado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil, y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones [...]”.

En ambas Constituciones se establece que el trabajo es un deber y un derecho. Sin embargo, la Constitución de 1979 con una visión más socializante daba al trabajo una ubicación en la sociedad no sólo como derecho personal sino también como un elemento de progreso del grupo humano en su conjunto.

La Constitución de 1993 lo focaliza en la realización de la persona y señala, en términos generales, que es base del bienestar social. Corresponde al espíritu neoliberal imperante en el constituyente.

La Constitución de 1993, al propio tiempo, elimina la referencia al trabajo como fuente principal de la riqueza. Ricardo Marcenaro, congresista de la mayoría que aprobó la Constitución dice respecto de este punto:

Se ha eliminado de la Constitución considerar al trabajo como fuente principal de la riqueza. Es evidente que dicho concepto responde a ideologías políticas vigentes en 1979. Desde aquella época hasta la actualidad se han producido importantísimos cambios en el mundo que determinaron la derrota del marxismo y de las corrientes materialistas.

La doctrina moderna considera que no es necesario señalar en la Constitución que el trabajo es fuente principal de la riqueza por cuanto el trabajo es fundamentalmente fuente del bienestar social y medio de realización de la persona. Esta es una perspectiva humanista que busca rescatar mediante el trabajo los valores más importantes del ser humano (39).

(39) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 49.

Análisis exegético

El trabajo ya había sido establecido *derecho a trabajar libremente* en el inciso 15 del artículo 2 de la Constitución. Aquí se dice que es un deber y un derecho.

Existe, en primer lugar, el derecho de trabajar y ello es importante porque el trabajo es la fuente de ingresos que permite a la persona tener lo necesario para vivir. Como dice la segunda parte de este mismo artículo, el trabajo es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

A través del trabajo la persona obtiene independencia económica, lo que le permite desarrollarse libremente, sin ataduras ni dependencias de terceros en lo esencial de su vida. Además, trabajando desarrolla sus propias habilidades y, en muchos casos, su capacidad creativa. En la mayoría de las actividades laborales se puede, cuando menos, hacer un aporte propio a la calidad de la labor realizada.

El trabajo es también un deber, en primer lugar, porque el individuo debe desarrollarse y obtener lo necesario para vivir por sí mismo, en la medida que le sea posible. Pero, en segundo lugar, el trabajo es un deber porque la sociedad en su conjunto depende del trabajo de todos para poder sobrevivir primero, y progresar después. Una sociedad en la que nadie trabaja, está condenada a morir. En realidad, dentro de cada grupo humano existe siempre un conjunto de conocimientos y habilidades que se conservan como parte de su cultura y de su desarrollo intelectual. Este acervo no es sino trabajo acumulado que pasa de generación en generación y condiciona la forma en que dicha sociedad vive.

Esta reflexión es tanto más importante contemporáneamente, cuando el conocimiento y las habilidades son consideradas de todas maneras uno de los activos más preciosos de una sociedad para progresar en el mundo integrado y global que vivimos.

El trabajo no es un deber en el sentido que quien no trabaja es penado o sancionado inmediatamente, pero sí es exigible por medios indirectos: la tributación y ciertos beneficios o derechos existentes en la sociedad pueden ser recortados (y muchas veces efectivamente lo son) a quienes no trabajan.

Inclusive, los instrumentos internacionales expresan que existen ciertas labores de solidaridad que pueden ser exigidas a todos sin que con ello se viole la libertad de las personas.

En cierta medida, lo dice Marcenaro: “[...] si bien no existe una obligación jurídica de trabajar, el sistema jurídico y la vida misma presentan ciertas tendencias que favorecen al ciudadano que trabaja” (40).

El reconocimiento de este derecho y deber de trabajar debe ser necesariamente complementado con el deber que tiene constitucionalmente el Estado de promover el empleo, según el artículo 58 de la Constitución.

El trabajo como derecho ha sido recogido en los tratados internacionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece:

“Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23.-

1.- Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo [...]».

Hay que notar que la Declaración considera importante no sólo el derecho individual al trabajo y al trabajo libre, sino también las condiciones en las que éste se presta y, además la protección contra el desempleo. Para la Declaración éstos no son derechos independientes uno del otro: forman parte del mismo concepto.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice:

“Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 6.-

(40) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El Trabajo en la Nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 44.

1.- Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2.- Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana».

El primer párrafo establece los mismos derechos, en sustancia, que la Declaración Universal antes citada. Sin embargo, añade un elemento muy importante: se deberá tomar medidas adecuadas para garantizar el empleo. La responsabilidad es de los gobiernos, como es evidente del segundo párrafo.

También se establece la vinculación entre la formación del trabajador, la política de desarrollo y las libertades políticas y económicas fundamentales. No se trata sólo de esto último, que desde luego es importante para lograrlo: también tiene que haber una política de capacitación de las personas y otra de desarrollo para garantizar que la sociedad esté en capacidad de crear nueva riqueza.

En realidad, es un llamado a que la sociedad se organice de tal manera que genere nueva riqueza a partir del pleno empleo, o del logro de la meta más cercana a él.

Las normas americanas sobre derechos humanos también se han ocupado del derecho al trabajo:

“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XIV.- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remunera-

ción que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia».

La Declaración Americana hace la indispensable vinculación entre el derecho al trabajo y el derecho a recibir una remuneración que asegure un nivel de vida adecuado. La Declaración cuida de establecer también una vinculación entre capacidad y destreza y remuneración, cosa por demás evidente.

Por otra parte, añade lo siguiente:

“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXXVII.- Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad».

La Declaración establece que el deber de trabajar tiene dos dimensiones, como ya hemos comentado antes: permitir una vida digna a partir de la obtención de los medios para la propia subsistencia, y beneneficiar a la comunidad con el aporte personal al bienestar colectivo.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 6.-

1.- Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2.- Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados Partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada

atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo».

Los elementos que aporta esta declaración son importantes:

- La orientación vocacional ligada a la búsqueda del pleno empleo, lo que colaborará tanto a la posibilidad de trabajar, como de elegir libremente el trabajo.
- El desarrollo de proyectos de capacitación en materia laboral con énfasis en minusválidos que, como hemos visto anteriormente, son un grupo humano que recibe protección especial tanto de la Constitución como de los tratados.
- La exigencia de programas de atención familiar para que la mujer pueda ejercer efectivamente su derecho al trabajo. Esto es muy importante porque por las condiciones materiales y culturales predominantes, cuando hay responsabilidad para con los hijos, generalmente la perjudicada en el trabajo es la mujer.

Finalmente, es importante destacar el Convenio 169 de la OIT, referente a poblaciones minoritarias que establece lo siguiente para materia laboral:

“Convenio N.169 OIT, artículo 20.-

1.- Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general [...]».

Es una norma que busca garantizar el trabajo de los miembros de estos pueblos en condiciones adecuadas que generalmente no tienen como minorías dentro de un contexto social más amplio.

58. Artículo 23

«Artículo 23.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege

especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La libertad de trabajo, ya comentada a propósito del artículo 2 inciso 15, apareció tempranamente en nuestras Constituciones. Pero las normas protectivas del trabajador demoraron más. Las vinculadas al artículo bajo comentario pueden rastrearse a partir de la Constitución de 1920:

“Constitución de 1920, artículo 22.- No hay ni puede haber esclavos en la República. Nadie podrá ser obligado a prestar trabajo sin su libre consentimiento y sin la debida retribución. La ley no reconoce pacto ni imposición alguna que prive de la libertad individual”.

“Constitución de 1920, artículo 47.- El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene.

La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país.

Es obligatoria la indemnización de los accidentes del trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen”.

Y las normas protectivas continúan su desarrollo con la Constitución de 1933:

“Constitución de 1933, artículo 44.- Es prohibida toda estipulación, en el contrato de trabajo, que restrinja el ejercicio de los derechos civiles, políticos o sociales”.

“Constitución de 1933, artículo 46.- El Estado legislará sobre la organización general y las seguridades del trabajo industrial, y sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene. La ley fijará las condiciones máximas de trabajo, la indemnización por tiempo de servicios prestados y por accidentes, así como los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país”.

“Constitución de 1933, artículo 55.- A nadie puede obligarse a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución”.

“Constitución de 1933, artículo 76.- En cada departamento habrá por lo menos una escuela de orientación industrial”.

“Constitución de 1933, artículo 77.- El Estado fomenta la enseñanza técnica de los obreros”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos precedentes en la Constitución de 1979 son los siguientes:

“Artículo 42.- El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil, y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones.

En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad.

El trabajo en sus diversas modalidades es objeto de protección por el Estado, sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato.

A nadie puede obligarse a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución (...)”.

“Artículo 44.- (...) La ley establece normas para el trabajo nocturno y para el que se realiza en condiciones insalubres o peligrosas. Determina las condiciones de trabajo de menores y mujeres (...)”.

“Artículo 45.- La ley determina las medidas de protección a la madre trabajadora”.

Con una orientación ideológica más de bienestar y de protección del Estado en la Constitución de 1979, y más orientada hacia la igualdad de las personas y la regulación del Estado la de 1993, ambas Constituciones protegen los siguientes aspectos del trabajo en estas normas:

- Que es deber del Estado dar atención a la problemática del trabajo para las personas en la sociedad.
- Que es deber del Estado promover condiciones de fomento al empleo.
- Que en la relación laboral no se puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni disminuir la dignidad del trabajador.
- Que nadie está obligado a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin retribución.
- Que la madre y el menor tienen derecho a una protección especial.

La Constitución de 1993, en este artículo, ha mencionado específicamente como trabajadores protegidos a los impedidos.

Análisis exegetico

El Estado atiende prioritariamente al trabajo de varias maneras. La primera es dictando las medidas protectivas que constan en esta Constitución, desarrollándolas legislativamente y cumpliéndolas y haciéndolas cumplir. Otra, muy importante, es promoviendo el empleo en los términos que señala el artículo 58 de la misma Carta. Otra es reforzando la

formación profesional y para el trabajo a que está obligado según el artículo 14 de la Constitución.

Una parte importante de esa protección es también la que establece este artículo y que puede describirse así:

- Debe proteger a la madre que trabaja. Esto normalmente supone las seguridades mínimas del descanso pre y post natal, de obligatoriedad de facilitar la lactancia de los niños en el trabajo y de garantía contra el despido por razón de maternidad.

En este sentido, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece:

« Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 11.-

1.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos.

2.- A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.

- d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella [...]»

El texto de esta Convención contiene, como hemos dicho, el mínimo de derechos que corresponde a la madre como trabajadora y que se fundamenta en las necesidades que ella y el niño tienen en cualquier circunstancia, durante los primeros tiempos de vida de éste.

- Protección al menor de edad que trabaja. La Convención sobre los derechos del niño ha establecido lo siguiente al respecto:
“Convención sobre los derechos del niño, artículo 32.-

1.- Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su edad o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2.- Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:

- a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
- b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
- c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo».

Esta norma establece tres principios sustantivos: el primero, evitar la explotación de los menores en el trabajo; segundo, debe haber edad mínima para trabajar; tercero, debe haber horarios y condiciones de trabajo adecuadas. Todos estos aspectos deben ser cubiertos por la legislación que se dicte para el trabajo de menores.

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice respecto de este tema:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 7.- Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

[...]

f. La prohibición de trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años y, en general, de todo trabajo que pueda poner en peligro su salud, seguridad o moral. Cuando se trate de menores de 16 años, la jornada de trabajo deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria y en ningún caso podrá constituir un impedimento para la asistencia escolar o ser una limitación para beneficiarse de la instrucción recibida;

[...]».

- Proteger al impedido que trabaja. En este sentido,

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 6.-

1.- Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2.- Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos [...]».

Por su parte, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dice:

«Artículo 18.- Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a:

a. Ejecutar programas específicos destinados a proporcionar a los minusválidos los recursos y el ambiente necesarios para alcanzar ese objetivo, incluidos programas laborales adecuados a sus posibilidades y que deberán ser libremente aceptados por ellos o por sus representantes legales, en su caso;

[...].».

La responsabilidad de los órganos del Estado para dotar a los minusválidos de condiciones tales que les permitan encontrar un trabajo adaptado a sus posibilidades, es clara y exigible a partir de estas normas internacionales que tienen fuerza vinculatoria de derechos constitucionales en el Perú, según la metodología que empleamos y hemos oportunamente fundamentado.

El segundo párrafo de este artículo obliga al Estado a promover en especial el crecimiento del empleo productivo y la educación para el trabajo. El empleo productivo es aquel que genera nueva riqueza. La educación para el trabajo es una enseñanza teórica y práctica que, a la vez que da los fundamentos necesarios del conocimiento, capacita para la aplicación de dicho conocimiento en la vida cotidiana. La educación para el trabajo es esencialmente aplicada y, en realidad, debe ser prestada a través de todos los grados del aprendizaje obligatorio, particularmente en la secundaria. Para muchos, también podrá ser impartida a través de centros superiores con carreras cortas y, por supuesto, en las universidades.

El Estado está obligado también a garantizar a todo trabajador que nadie limite sus derechos constitucionales que son irrenunciables y pueden siempre ser exigidos, no importando qué declaración en contra haya

eventualmente hecho el trabajador: ni un contrato firmado renunciando a los derechos constitucionales vale, porque las voluntades individuales no priman sobre el texto de la Carta.

También debe el Estado garantizar que nadie rebaje la dignidad del trabajador, especialmente, imponiéndole condiciones de trabajo humillantes o inhumanas. Muchos trabajos tienen un rigor especial, o tratan con bienes o actividades difíciles, en las cuales es fácil establecer condiciones que quiten al trabajador lo esencial de su dignidad humana. Las regulaciones legales deben ser tales que lo impidan. Para ello, deben dictarse normas especiales para todos aquellos casos que lo requieran.

Finalmente, la Constitución establece dos normas contemporáneas muy importantes:

- Una ratifica la libertad de trabajo ya establecida en el inciso 15 del artículo 2 de la Constitución: nadie está obligado a prestar trabajo sin su libre consentimiento (salvo aquellos trabajos que mencionamos al comentar dicho inciso y que los instrumentos internacionales reconocen como trabajo obligatorio pero no forzado).
- La otra establece el derecho del trabajador de cobrar retribución siempre por su fuerza de trabajo. Nadie está obligado a trabajar gratis, salvo aquellos casos que mencionamos sobre trabajo social obligatorio, que constan en los instrumentos internacionales (ver el comentario al artículo 2 inciso 15 de la Constitución).

59. Artículo 24

«Artículo 24.- El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado

con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las disposiciones de la Constitución de 1979 que son antecedentes de ésta que comentamos son las siguientes:

“Artículo 43.- El trabajador tiene derecho a una remuneración justa que procure para él y su familia el bienestar material y el desarrollo espiritual.

El trabajador, varón o mujer, tiene derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador.

Las remuneraciones mínimas vitales se reajustan periódicamente por el Estado con la participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores, cuando las circunstancias lo requieren.

La ley organiza el sistema de asignaciones familiares en favor de los trabajadores con familia numerosa”.

“Artículo 49.- El pago de las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores es en todo caso preferente a cualquier otra obligación del empleador. La acción de cobro prescribe a los quince años”.

Las dos Constituciones reconocen por igual:

- Que el trabajador tiene derecho a una remuneración que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual, aunque con diversos énfasis.
- Que el pago de remuneraciones y beneficios sociales es preferente a cualquiera otra obligación del empleador.
- Que las remuneraciones mínimas se regulan con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores. La Constitución de 1979 era más específica en el sentido que la regulación consistía en un reajuste periódico.

Sobre el tema de remuneraciones, sin embargo, la Constitución de 1979 contenía dos normas que han desaparecido de la de 1993:

- La primera que establecía el derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador, de parte de varón y mujer. La norma especifica el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Si bien está contenido ya en el artículo 2 inciso 2 de ambas Constituciones, y también en términos genéricos en el inciso 1 del artículo 26 de la Constitución de 1979, hubiera sido deseable mantenerlo porque, en la realidad, esta discriminación sí existe en la vida cotidiana.
- La segunda es la norma que mandaba organizar el sistema de asignaciones familiares en favor de los trabajadores con familia numerosa. Hubiera sido también adecuada a la realidad, aunque hay que tener en cuenta dos cosas: que durante la vigencia de la Constitución de 1979 nunca se puso en ejecución, y que la Constitución de 1993 favorece una política de control de la natalidad más enfáticamente que la de 1979. Si bien es cierto que la familia numerosa no consiste sólo en el número de hijos que el matrimonio tiene (porque pueden depender de él otros muchos parientes), sí es cierto que uno de sus fundamentos es el número de descendientes directamente dependientes. Dice Carlos Blancas:

“Se elimina la referencia a las asignaciones familiares en favor de los trabajadores con familia numerosa, por lo cual la legislación vigente sobre esta materia —que concede beneficios diminutos— pierde su base constitucional lo que, por cierto, no le impide subsistir” (41).

Análisis exegetico

El artículo que comentamos está dirigido a tratar el tema de la remuneración al trabajo y contiene normas sobre la equidad de la remun-

(41) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Los derechos laborales y la estabilidad del trabajo en la Constitución de 1993*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 101.

neración, sobre la prioridad del pago y sobre las remuneraciones mínimas.

En primer lugar se establece que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y esta equidad debe ser fijada en relación a algún parámetro. Uno primero es la cantidad de trabajo aportado: a igual calidad, el que trabaja más deberá recibir mayor remuneración que el que trabaja menos. Esto se logra mediante mecanismos compensatorios de diverso tipo que van desde el aumento de remuneración, hasta el pago por trabajo (o por hora) adicional realizados.

Otro factor de equidad en la remuneración es la calidad del trabajo: si una persona presta una labor más elaborada, o hecha con mayor cuidado, o para la que ha requerido mayores calificaciones como práctica o estudios, entonces dicha calidad también deberá ser reconocida con un pago proporcionalmente mayor.

La remuneración debe ser suficiente para procurarle a él y a su familia, el bienestar material y espiritual. Este parámetro de la determinación de las remuneraciones ya no tiene que ver con el trabajo aportado en sí mismo, sino con una cantidad referente al consumo que debe hacer la persona. ¿Consumo para qué? Para el bienestar material y espiritual.

Obviamente, es muy difícil valorizar el bienestar espiritual, pero sí es posible, relativamente, hacerlo con el material. Se puede determinar qué consumo mínimo humano y razonable deben hacer una persona o una familia promedio y, en función de ello, estimar escalas globales para una sociedad o grupo humano determinado. Se entiende que el bienestar material dependerá no solamente de una *canasta* de productos y servicios que la persona va a adquirir, sino que también habrá ciertas diferencias de calidad en función de las calificaciones y ubicación social que se estima tendrá ese trabajador con su familia. Entonces hay *canastas* mínimas y otras de mayor costo. Estas son estimaciones que valen para determinadas sociedades o determinados territorios, durante ciertos períodos y se forman averiguando los costos de la alimentación, vestido, educación, servicios de agua, energía, etc. y haciendo un estimado del costo promedio que tiene para una persona sobrellevar dichos gastos. El monto resultante será un *piso* a partir del cual se podrá fijar las remuneraciones.

Esta es una operación que, por un lado, la hace el propio Estado, principalmente para fijar las remuneraciones mínimas, y por otro la hacen las propias empresas y las organizaciones de trabajadores donde las hay, para obtener sus propios cálculos para las decisiones que les corresponden.

El derecho que comentamos tiene respaldo en instrumentos internacionales. Dice la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23.- [...]”

2.- Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3.- Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social (...)».

Dos elementos importantes aporta la Declaración Universal, que no se hallan en nuestra Constitución:

- La igualdad de salario por trabajo igual, lo que se aplica a todas las personas comparadas entre sí y, particularmente, a la discriminación por razón de género en la que el fenómeno de pago desigual por igual trabajo es frecuente.
- El hecho de que la protección social (seguridad social) podrá completar las remuneraciones insuficientes. Este, que era un fenómeno corriente en los países desarrollados una década atrás, ha disminuido considerablemente. En los países subdesarrollados como el Perú nunca existió a escala considerable.

Y en referencia a los elementos de juicio que tienen que ser considerados en el bienestar material, la Declaración Universal incluye lo siguiente:

“Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25.-”

1.- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegu-

re, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

[...]».

Indudablemente, no todos estos derechos están incluidos en cada pago periódico que se hace al trabajador, pero sí deberán estar contenidas todas las determinaciones en el monto que se le paga, de manera que cuando necesite cierto servicio, lo pueda obtener. Así, la remuneración le deberá alcanzar para tener un seguro de atención médica y para poder acumular en alguna caja de pensiones a fin de obtener las compensaciones por enfermedad y otras contingencias allí señaladas. El pago de un seguro o de la previsión de pensiones no es estrictamente remuneración pero tiene que hacerse con ella y todos estos aspectos conforman un sistema global de atención al trabajador que también debe ser considerado desde la remuneración.

El pacto Internacional, por su parte, establece lo siguiente:

“Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 7.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

[...]».

El Pacto ratifica normas que ya hemos visto antes pero en el último apartado citado indica, claramente, que la existencia digna para el trabajador y su familia está relacionada con el cumplimiento de los derechos humanos que el propio Pacto establece. Es decir, la existencia digna tiene que ver con la satisfacción de las necesidades que emergen de los derechos humanos.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece:

“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XIV.- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo.

Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia».

El aporte de la Declaración Americana en relación a las normas anteriores es que, como también ha sido ya dicho, la remuneración está relacionada con la capacidad y destreza del trabajador.

Finalmente, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece lo siguiente:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 7.- Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a. Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.

[...]».

También ratifica las normas indicadas anteriormente.

El segundo párrafo establece lo que se llama *pago preferente* de las deudas por remuneraciones y beneficios sociales al trabajador y quiere decir lo siguiente: normalmente, durante el funcionamiento de la empresa, los primeros pagos que debe hacer el empleador son los de sus trabajadores. Si no ocurre así, ellos pueden recurrir a la autoridad para que fuerce el cumplimiento de la norma.

Cuando la empresa entra en fase de liquidación (por quiebra, o por cualquier otra razón), las deudas del empleador que debe pagarse primero son también las que tiene frente a los trabajadores por remuneraciones y beneficios sociales. Luego cobrarán los demás acreedores. El pago preferente es muy importante porque puede suceder que los bienes de la empresa en liquidación no alcancen para pagar todas las deudas y, entonces, quienes tienen preferencia de cobro también tienen la mejor posibilidad de recibir íntegros sus créditos.

El párrafo final del artículo habla de las remuneraciones mínimas. Son éstas las cantidades que el Estado fija por norma jurídica como el menor pago posible a un trabajador en el país, o en una determinada parte del país. Esto porque se supone que si bien el mercado debe fijar las remuneraciones, funciona imperfectamente con los trabajadores de menores ingresos y la remuneración que les fijaría sería irrisoria. Esto ya fue experimentado en el mundo durante el siglo XIX y, de esas experiencias traumáticas, apareció precisamente la necesidad de fijar las remuneraciones mínimas. Dice Ricardo Marcenaro:

El salario mínimo, desde un punto de vista económico, se justifica. También la intervención del Estado en favor de aquellos que no tienen poder de negociación para, de manera responsable, establecer un nivel adecuado de salarios mínimos que permitan el máximo nivel de empleo al máximo salario posible. Es decir una eficiente asignación y retribución de los factores de producción. Elevándose el salario mínimo a un nivel adecuado, no sólo no se producirá desempleo, sino, aunque resulte paradójico, éste podría incrementarse en determinados supuestos. Elevándose el salario

mínimo a niveles apropiados sí aumenta la capacidad adquisitiva del ciudadano pudiendo generar mayor demanda y consecuentemente mayor productividad y empleo (42).

Las remuneraciones mínimas se fijan en función del gasto que debe hacer cualquier trabajador para subsistir. El Estado realiza determinados cálculos y, en función de ellos, fija el monto correspondiente. En el Perú los salarios mínimos han tenido cantidades irrisorias que no cumplen con la función que les da la Constitución ni tampoco con el papel de estimulación de la economía que indica Marcenaro en su cita.

Las remuneraciones mínimas son varias. Como dice Marcenaro:

El texto constitucional no habla de remuneración mínima sino de «remuneraciones mínimas» en plural. Tal dato no es casual. Esto es así por que, como no escapa a nadie, las condiciones de las empresas e industrias en todo el país son distintas, tanto en sus ingresos como en sus gastos. Así, una empresa en provincias costeras o serranas tendrá ingresos menores pero asimismo los requerimientos de los trabajadores, también son menores. En cambio una industria en zona de selva tendrá requerimientos por parte de sus trabajadores más altos. Esto justifica en cierta medida el establecimiento de remuneraciones mínimas diferenciales en función a las regiones a las que pertenecen los empleadores (43).

Nuestro autor se pone en la hipótesis de si podría establecerse remuneraciones mínimas en función de variables más detalladas como la actividad o el volumen de la empresa:

Sin embargo, cabría preguntarnos si podría establecerse p.e. remuneraciones mínimas distintas por actividad, o por el volumen y dimensiones de la empresa. No sería conveniente establecer remuneraciones mínimas diferentes para la pequeña y mediana indus-

(42) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 124.

(43) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 124.

tría en relación a la gran industria? O no sería adecuado señalar remuneraciones mínimas distintas para el agro, pesca –construcción civil, etc.?

Este quizá sea uno de los temas más «políticos» de las remuneraciones mínimas. Aquí se debe contemplar el criterio de lo racional con el principio de igualdad y de respeto por la autonomía sindical. Como recordáramos al principio, el establecimiento de remuneraciones mínimas es un proceso delicado que debe procurar introducir justicia al mercado, pero no distorsiones que lo alejen del modelo (44).

Las remuneraciones mínimas tienen sentido como un mínimo inferior común a todo trabajador, pero no para hacer diferencias entre ramas y volúmenes empresariales. Desde luego, también tendrán que tener en cuenta la posibilidad de que todos los que necesitan mano de obra a valor razonable estén en condiciones de pagarla. La determinación de remuneraciones mínimas por sectores distintos de la producción o tamaño de empresas quitaría validez al principio que subyace a la remuneración mínima: que vale igual para todos en un ámbito determinado por los precios y demás condiciones de vida, así como por la capacidad de pago del empleador.

60. Artículo 25

«Artículo 25.- La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.»

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.»

(44) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995.- Pág. 125.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente de la Constitución de 1979 es la siguiente:

“Artículo 44.- La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales. Puede reducirse por convenio colectivo o por ley.

Todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente. La ley establece normas para el trabajo nocturno y para el que se realiza en condiciones insalubres o peligrosas. Determina las condiciones de trabajo de menores y mujeres.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios.

También tienen derecho a las gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios que señala la ley o el convenio colectivo”.

Ambas Constituciones recogen los siguientes derechos:

- El de jornada ordinaria de trabajo de ocho horas diarias y cuarentiocho semanales. Ambas prevén, con distinta redacción, que pueda ser menor. La Constitución de 1993 añade la posibilidad de que la jornada pueda ser calculada por promedios, aunque cada día de trabajo sea distinto a los parámetros establecidos.
- El descanso remunerado semanal y anual.

La Constitución de 1979 mencionaba en su artículo 44 otros cuatro derechos que no aparecen en la de 1993: el derecho a pago de horas extras, la compensación por tiempo de servicios, la regulación del trabajo nocturno y los pagos extraordinarios de que habla el último párrafo. No obstante, la no mención constitucional de estos derechos no los ilegaliza. Simplemente, se les ha quitado el rango constitucional que tenían. Nuestra opinión es que siendo derechos largamente reconocidos, deberían mantenerlo.

Análisis exegético

La Constitución fija siempre la jornada máxima y esta es una tradición que viene desde el siglo XIX. Cuando el capitalismo empezó a organizar las relaciones de producción, allá a fines del siglo XVIII o principios del siguiente según los países, no había ley laboral alguna. Las personas empezaron trabajando dieciséis horas al día sin domingos ni feriados. La inhumanidad de este régimen originó pronto grandes revueltas que fueron extrayendo poco a poco las horas de descanso. La fórmula de estabilización fue de ocho horas diarias de trabajo por seis días a la semana. Esta es la fórmula que recoge la Constitución como máximo. Podrá haber jornadas menores.

Marcenaro da un concepto de jornada de trabajo:

En nuestra opinión, por jornada de trabajo debemos entender aquel espacio temporal durante el cual el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo. En concordancia con ello, el tiempo computable para la jornada de trabajo pactada no incluye los descansos que interrumpen la jornada, en caso una norma (convencional o estatal), el contrato, la costumbre o la decisión unilateral del empleador así lo prevean se habrá operado una reducción de la jornada de trabajo.

Es evidente que la jornada de trabajo debe tener límites a fin de proteger la salud física y síquica del trabajador (45).

La parte final del primer párrafo de la Constitución prevé jornadas acumulativas o atípicas, que son aquellas en las que el trabajador trabaja más intensamente en un turno (por ejemplo doce horas seguidas) caso en el cual trabajará más cada día de labores, pero deberá mantenerse el máximo de cuarentiocho horas semanales.

Esto es a lo que un contrato de trabajo obliga normalmente. Por acuerdo del trabajador se puede trabajar lo que se denomina *horas extra*,

(45) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 136.

que consisten en horas adicionales a las de la jornada establecida. Estas horas se pagan con una bonificación. Como ya dijimos en la parte comparativa, la Constitución de 1979 traía norma sobre horas extra. De su eliminación dice Carlos Blancas:

La Constitución Política de 1993 sorprendentemente, prescinde de la disposición del art. 44° de la Constitución Política de 1979 que indica que todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente, aspecto de indudable importancia en la medida que aparece como complemento natural del derecho a la limitación de la jornada de trabajo. Es una omisión, por ello, inconveniente que puede prestarse a mayores formas de desprotección del trabajador (46).

Marcenaro dice sobre las horas extra:

Consecuencia lógica de la existencia de una jornada de trabajo, que en sí implica un límite a la extensión de esta, es que surge el concepto de HORAS EXTRAS Y HORAS EXTRAORDINARIAS. Por ella entenderemos el período de tiempo laborado adicionalmente a la jornada de trabajo que sea aplicable al trabajador en particular.

En el caso de las horas extras, dicho período solo podrá ser válido si es pactado libre y previamente a su ejecución, sea mediante convenio colectivo, sea mediante acuerdo entre trabajador y empresario (47).

El segundo párrafo del artículo establece el derecho a dos descansos remunerados:

-
- (46) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Los derechos laborales y la estabilidad del trabajo en la Constitución de 1993*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 102.
- (47) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 141.

- El semanal, que equivale a uno de los siete días de la semana (usualmente el domingo).
- El anual que son las denominadas vacaciones. En el Perú consisten en treinta días por cada record vacacional cumplido que, si no medían situaciones imprevistas, consiste en los doce primeros meses de trabajo o, si ya se tomó vacación, en once meses de trabajo y uno de vacación. Existen normas que permiten determinar qué se cuenta y qué no se cuenta dentro del record vacacional de cada persona.

En otros países, sin embargo, las vacaciones anuales son un número menor de días por año. No hay regla universal para medirlas.

Estos descansos son regulados por la ley, según manda la Constitución. Sin embargo, también pueden ser objeto de pacto en virtud de la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores que autoriza el artículo 28 inciso 2 de la Constitución.

Dice Marcenaro sobre el descanso semanal:

Por DESCANSO SEMANAL entenderemos aquel día de la semana durante el cual el trabajador no está obligado a poner a disposición del Empleador su fuerza de trabajo, persistiendo la obligación de éste de remunerarlo como si se tratara de un día laborado ordinario.

El goce de dicho beneficio es incondicionado en cuanto al descanso, y sujeto al cumplimiento de sus requisitos para la percepción íntegra de remuneración (48).

Y por vacaciones considera lo siguiente:

Por VACACIONES ANUALES entendemos con Alonso Olea «... el disfrute de un período continuado de varios días de

(48) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 142.

descanso al año...» por parte del trabajador, percibiendo durante dicho descanso una remuneración equivalente a la ordinaria.

Busca recuperar las energías del trabajador y como dice Rendón Vásquez no solo permite la eliminación de la fatiga y tensiones de trabajo sino que permite el reencuentro familiar. Más que el reposo físico, su efecto estriba en la tranquilidad espiritual (49).

Los convenios internacionales se ocupan extensamente de estos temas. La Declaración Universal sobre Derechos Humanos establece:

“Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 24.- Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas».

La Declaración no es tan precisa como para determinar una jornada en horas, pero de todas formas expresa la necesidad de una limitación, resaltando al propio tiempo el valor del descanso y del disfrute del tiempo libre.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales dice:

“Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 7.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

[...]

d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos».

(49) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 144.

El Pacto añade a lo visto anteriormente, con toda razón, la remuneración sin trabajo de los días festivos, que sean adicionales al descanso semanal y a las vacaciones anuales.

La Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre también tiene disposiciones respecto de este tema:

“Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XV.- Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico».

Ratifica disposiciones que ya hemos visto anteriormente.

A su turno, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 7.- Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

[...]

g. La limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos;

h. El descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales.

[...]».

Un derecho que no habíamos visto en los casos anteriores es el de tener una jornada de menor duración en caso de trabajos especialmente

riesgosos o cansadores para quien los presta. La norma es adecuada en nuestro criterio.

Finalmente, el Convenio número 1 de OIT trae varias normas que regulan extensamente este derecho:

“Convenio N.1 OIT, artículo 2.- En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas a continuación:

a) Las disposiciones del presente Convenio no son aplicables a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza;

b) Cuando en virtud de una ley, de la costumbre o de convenios entre las organizaciones patronales y obreras (a falta de dichas organizaciones entre los representantes de los patronos y de los obreros) la duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea inferior a ocho horas, una disposición de la autoridad competente, o un convenio entre las organizaciones o representantes supradichos, podrá autorizar que se sobrepase el límite de ocho horas en los restantes días de la semana. El exceso del tiempo previsto en el presente párrafo nunca podrá ser mayor de una hora diaria;

c) Cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana».

Los rasgos más importantes de este artículo son los siguientes:

- Sus normas no son aplicables a la empresa cuyos trabajadores sean familiares entre sí.
- Tampoco son aplicables en los cargos de dirección o de confianza.
- Se puede trabajar menos que la jornada de ocho horas uno o más

días, y compensar dicho menor trabajo con no más de una hora adicional en otro u otros días de la semana. Debe haber acuerdo entre patronos y trabajadores.

- También permite jornadas especiales acumulativas, como las que explicamos anteriormente a propósito de la parte final del primer párrafo de este artículo que comentamos.

“Convenio N.1 OIT, artículo 3.- El límite de horas de trabajo previsto en el artículo 2 podrá ser sobrepasado en caso de accidente o grave peligro de accidente, cuando deban efectuarse trabajos urgentes en las máquinas o en las instalaciones, o en caso de fuerza mayor; pero solamente en lo indispensable para evitar una grave perturbación en el funcionamiento normal de la empresa».

El caso que plantea el artículo 3 es uno de estado de necesidad en el cual la perturbación del descanso por encima de la jornada tiene por finalidad evitar un grave mal. Debe ser situación extraordinaria.

“Convenio N.1 OIT, artículo 4.- También podrá sobrepasarse el límite de horas de trabajo establecido en el artículo 2 en los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma del trabajo, deba ser asegurado por equipos sucesivos, siempre que el promedio de horas de trabajo no exceda de cincuenta y seis por semana. Este régimen no influirá en las vacaciones que puedan ser concedidas a los trabajadores por las leyes nacionales, en compensación del descanso semanal».

El artículo 4 analiza la situación de trabajos especiales en los que por su naturaleza, se hacen sesiones extensas. La OIT permite en este caso hasta cincuentiséis por semana. Esto sólo podrá hacerse en el Perú voluntariamente.

61. Artículo 26

«Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. *Igualdad de oportunidades sin discriminación.*

2. *Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.*
3. *Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.»*

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las normas que constituyen antecedentes en la Constitución de 1979 de los incisos del artículo que aquí comentamos son las siguientes:

“Artículo 43.- [...] El trabajador, varón o mujer, tiene derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador [...]”.

“Artículo 57.- Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo.

En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador”.

La Constitución de 1993 establece en el inciso 1 del artículo 26 de manera más integral el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. En la Constitución de 1979 había referencia a la no discriminación de varón y mujer en la remuneración según la parte del artículo 43 transcrita (y, desde luego, existía la norma general de no discriminación del artículo 2 inciso 2).

También ambas Constituciones reconocen el carácter irrenunciable de los derechos establecidos para el trabajo en la Constitución y la ley. La Constitución de 1979 indicaba que todo pacto en contrario es nulo, pero esa era una referencia innecesaria desde que todo pacto contra norma de orden público es nulo por aplicación del título preliminar del Código Civil. Su eliminación de la Constitución de 1993 no cambia en absoluto las consecuencias establecidas.

La interpretación de la norma en favor del trabajador, es establecida por la Constitución de 1993 sólo en caso de duda insalvable. La de 1979 tenía una versión más genérica al señalar que en la interpretación o duda sobre el alcance de disposiciones laborales, se estaba a lo más favorable al trabajador.

62. Artículo 26 inciso 1

«Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.

[...]»

Análisis exegetico

Este principio tiene relación con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, pero aborda de manera especializada el tema en el Derecho del Trabajo. Significa que los trabajadores deben tener, a igual calidad y rendimiento, iguales posibilidades de remuneración, de ascenso y de capacitación dentro de su relación laboral. Para quienes aún no la han iniciado, significa también el derecho a la oportunidad de prepararse y de informarse en igualdad de condiciones que las demás personas para poder desarrollar y obtener un empleo. En el caso del Estado, también significa la igualdad de oportunidades para postular al puesto de trabajo, esto es, que se haga un concurso y entren quienes demuestren mayor capacidad. Se exceptúa de ello a los cargos de confianza que, según su nombre, son asignados en función de la persona. En el ámbito privado existe libertad de contratación y, por consiguiente, no se puede forzar a nadie a contratar a una persona al margen de su voluntad. Desde luego, si un empleador privado se ha comprometido mediante una oferta a hacer alguna forma de concurso para proveer un empleo, quedará obligado por dicho acto voluntariamente realizado.

Igualdad de oportunidades sin discriminación significará, también,

que sean tratados de diferente forma quienes tienen diferente formación, capacidad o calidad para el trabajo. Dice Marcenaro:

Se violará el principio de igualdad cuando no existan motivos razonables para tratamientos desiguales. El trato especial se justificará y no atentará contra el principio referido si se otorga en mérito a características particulares del trabajador tales como su capacidad, esfuerzo, dedicación, especialidad u otras. Tal como señala la doctrina no hay mayor desigualdad que la de igual trato a los desiguales. Es por ello que en la relación del trabajo tiene gran dificultad la justa igualación de los iguales y la justa diferenciación de los desiguales. Todos los seres humanos son diferentes, sin embargo, existen identificaciones básicas que deben determinar el trato igualitario, así como diferencias que permiten distinciones laborales (50).

Los instrumentos internacionales avalan los elementos que hemos incorporado en esta descripción:

“Convenio N.111 OIT, artículo 1.-

1.- A los efectos de este Convenio, el término «discriminación» comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

(50) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 154.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos «empleo y «ocupación» incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

Este texto aporta, en primer lugar, una definición de discriminación en el empleo que tiene comprehensividad y envuelve, en su sentido general, cualquier diferencia no acorde con la naturaleza de las cosas. Sin embargo, aclara que las diferencias basadas en lo que se exige para un empleo determinado, se entiende que previa y públicamente, no será considerado discriminación. Las normas son adecuadas.

También, del apartado 3, interesa destacar que la discriminación en el empleo u ocupación incluye la formación, la admisión al empleo y las ocupaciones o condiciones de trabajo. Desde luego, en cuanto a admisión en el empleo tratándose de empleadores privados, tendremos que atenernos a la libertad de contratación existente en este ámbito, y a las ofertas que haya hecho quien demanda trabajadores, según los términos antes indicados.

El Convenio 111 de la OIT establece:

“Convenio N.111 OIT, artículo 4.- No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional».

Se entiende que esta disposición se pronuncia sobre aquellos casos en los que una persona sufre prohibiciones o limitaciones en el acceso al trabajo, por ejemplo porque las fuerzas de seguridad o las autoridades judiciales le impiden laborar. Tendrá que haber una calificación formal del tipo de actividad perjudicial que realiza contra la seguridad del Estado, y siempre el interesado deberá tener derecho a interponer una acción judi-

cial ante tribunal competente y con debido proceso para que se resuelva finalmente el problema.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice:

“Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 7.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

[...]

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

[...]».

El Pacto enfoca el tema de la promoción dentro del empleo ya adquirido, y considera como elementos para el ascenso el tiempo de servicios y la capacidad. Esto quiere decir que según dicho Pacto, será discriminación utilizar mecanismos distintos de medición para subir en la carrera laboral de que se trate. Desde luego, el elemento *capacidad* es lo suficientemente amplio como para incorporar dentro de sí diversos otros componentes que lo definan y precisen.

Por su parte, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece lo siguiente:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 7.- Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

[...]

c. El derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;

[...]».

Este Protocolo amplía los elementos de juicio para la promoción de trabajadores que traía el Pacto mencionado inmediatamente antes, añadiendo la competencia y probidad de manera expresa. Sin embargo, pensamos que pueden formar parte de sus calificaciones. La aclaración, sin embargo, nos parece positiva.

Por su lado, la Recomendación 111 de la OIT menciona reglas bastante precisas sobre la materia:

“Recomendación N.111 OIT.

II. FORMULACION Y APLICACION DE LA POLITICA.

[...]

2. Todo Miembro debería formular una política nacional encaminada a impedir la discriminación en materia de empleo y de ocupación [...] teniendo plenamente en cuenta los siguientes principios:

a) el fomento de la igualdad de oportunidad y de trato en materia de empleo y ocupación es asunto de interés público.

b) todas las personas, sin discriminación, deberían gozar de igualdad de oportunidades y de trato en relación con las cuestiones siguientes:

i) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación.

ii) acceso a los medios de formación profesional y admisión en un empleo de su propia elección, basándose en la aptitud individual para dicha formación o empleo;

iii) ascenso de acuerdo con la conducta, experiencia, capacidad y laboriosidad de cada persona;

iv) seguridad en el empleo;

v) remuneración igual por un trabajo de igual valor;

vi) condiciones de trabajo, entre ellas horas de trabajo, períodos de descanso, vacaciones anuales pagadas, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad social, servicios sociales y prestaciones sociales en relación con el empleo;

[...]».

La recomendación no tiene fuerza mandatoria, pero sí menciona con precisión varios elementos de juicio que se debe tomar en cuenta para regular una adecuada e integral igualdad de oportunidades en el plano global de las relaciones laborales.

Sin embargo, también existen normas que tratan sobre el problema en campos específicos. Dos han recibido un tratamiento particularmente extenso: la discriminación laboral contra la mujer, y aquella otra contra las minorías culturales dentro de sociedades mayores:

En referencia a la discriminación contra la mujer:

“Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 11.-

[...]

2.- A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;

- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.
- d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella [...]».

Estas normas pueden ser analizadas desde muy diversas perspectivas. Aquí tienen la particularidad de evitar que, por las complicaciones que aparecen a partir de la maternidad para la madre trabajadora, no resulte finalmente perjudicada su relación laboral pretextándose incumplimientos. La licencia de maternidad, el suministro de servicios que permitan combinar trabajo y familia y la protección frente a trabajos perjudiciales durante el embarazo, no son sino maneras de facilitar la relación laboral, adecuándola a las reales posibilidades de prestación de servicios que, en las circunstancias del embarazo, conviene que tenga la madre. No adoptar estas previsiones sería tratarla discriminatoriamente porque se dejaría de tomar en cuenta fenómenos naturales que le impiden rendir normalmente, y ponerla en la eventualidad de ser sancionada por ello reduciendo sus expectativas laborales o, simplemente, perdiendo el empleo.

El Convenio 156 de la OIT dice:

“Convenio N.156 OIT, artículo 3.-

1.- Con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Miembro deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

[...]”.

De este convenio resulta aporte importante la parte final, en cuanto establece que se busque hacer siempre compatibles las responsabilidades familiares y profesionales. Aunque en la comprensión moderna de la palabra ello debe servir indistintamente a varón y a mujer porque los dos deben ocuparse también en igualdad de responsabilidades del hogar y los hijos, en la vida cotidiana es un apoyo mayor a la mujer quien, normalmente, sobrelleva ambas responsabilidades y, en consecuencia, cuando trabaja tiene que añadir a lo laboral, mayor carga en las tareas domésticas.

El artículo 8 del convenio 156 de la OIT se explica por sí mismo:

“Convenio N.156 OIT, artículo 8.- La responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo».

La otra discriminación sobre la que se ha establecido un cuerpo de normas de protección laboral es la de aquellos pueblos minoritarios y particularizados culturalmente en entornos sociales más amplios:

“Convenio N.169 OIT, artículo 2.-

1.- Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2.- Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

[...]”.

Estas disposiciones, claramente, obligan a los Estados Parte de este Convenio (el Perú es uno de ellos), a tomar medidas promocionales para garantizar que dichas poblaciones accedan a la igualdad de condiciones. Son, por lo tanto, dos políticas confluyentes: una la de la igualdad de to-

dos y, otra, la de la promoción de quienes sufren desigualdades para que alcancen la igualdad. El Convenio cubre muy diversos aspectos pero aquí nos hemos concentrado en los que tienen referencia más directa a la igualdad de oportunidad laboral. A propósito, dice el artículo 5 del mismo instrumento:

“Convenio N.169 OIT, artículo 5.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

[...]

c) deberán adoptarse con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo».

Complementario del anterior, este dispositivo se enfoca sobre los aspectos culturales y antropológicos involucrados en la necesidad de transformar sus condiciones de vida para acceder a la plena igualdad de derechos con los demás miembros de la sociedad. Desde luego, todo ello tiene normas adicionales en el Convenio que hablan al mismo tiempo de mantenimiento de los valores propios y de incorporación al ámbito nacional, pero dicha materia forma parte de nuestro comentario al artículo 2 inciso 19 de la Constitución, no al que nos toca hacer aquí.

Un último tema que procede abordar es el de una resolución que, en su oportunidad, generó una aguda discusión en el país y fue mencionada, entre otras razones, como antecedente de medidas que se tomaron contra el Tribunal de Garantías Constitucionales a raíz del golpe de Estado del 5 de abril de 1992. Se trata de la resolución de dicho Tribunal en relación a la Ley de la Bolsa de Trabajo en el sector de la construcción (Ley 25202 del 23 de febrero de 1990, derogada luego por el Decreto Ley 25588 del 01 de Julio de 1992).

Este caso consistió en el hecho que la Ley 25202 mandaba que en toda contratación de personal de construcción, un porcentaje del 25% proviniera de personal sindicalizado. Se presentaron acciones de inconstitucionalidad contra dicha ley y el caso fue resuelto por el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, bajo el imperio de la Constitución de 1979.

En dicho caso el Tribunal declaró infundada la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley aún vigente y, parte de la argumentación, se refirió al tema que tratamos: la igualdad de oportunidades sin discriminación. Carrillo Calle comenta y cita la opinión que no consideró que con dicha ley se atentara contra la igualdad en materia laboral:

3. Igualmente en el Trabajo e Igualdad ante la Ley: La mayoría de los magistrados del Tribunal sostiene que con la Bolsa de Trabajo no se está atentando contra el derecho de igualdad de trato «mi cuantitativa-mente mi formalmente», pues la Ley 25202, corrigiéndose así, en tanto que con la creación de la Bolsa se abre otra vía. La demanda del Fiscal en este extremo es nuevamente rebatida por la mayoría de los magistrados del Tribunal, que considera que, pues si se siguiera desarrollando ese criterio tendría que llegarse a la conclusión que. Con esta lógica, «la igualdad de trato de trato sólo se daría cuando el trabajador se presenta ante el empleador en forma aislada e individual, lo que significaría una regresión no sólo en las relaciones trabajador-empresario como en el desarrollo del Derecho del Trabajo en general y del Derecho Sindical en particular (51).

Los argumentos de la minoría que sostuvo la existencia de desigualdad de trato laboral fueron los siguientes:

Al sustentar su voto declarando fundada la demanda, uno de los magistrados en minoría sostiene que se viola la igualdad en el trabajo, pues se está dando un «tratamiento diferente a los trabajadores de Construcción Civil ya que los sindicalizados tendrán el beneficio de integrar la Bolsa de Trabajo, lo que no sucede con los no sindicalizados». De esta forma se «otorga un tratamiento discriminatorio a quienes no integran ni tienen vinculación con el sindicato de los que sí la tienen, ya que éstos últimos tienen más posibilidades de acceder a un puesto de trabajo». Este magistrado

(51) CARRILLO CALLE, Martín. *La Bolsa de Trabajo y el control de la constitucionalidad*. VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 49.

considera igualmente que con la Bolsa de Trabajo se establece, lo que resulta violatorio del artículo 187 de la Constitución y atenta contra el principio de igualdad ante la ley.

Por su parte, el otro magistrado de la minoría también considera que se viola el principio mencionado, al sostener que la Ley 25202 incurre en una «notoria e injusta discriminación», entre los trabajadores del sector de la construcción. Con la Bolsa de Trabajo, además, se infringe el artículo 42 de la Constitución porque se da mayores posibilidades de cubrir la cuota del 25% del total de las plazas de trabajo a los trabajadores sindicalizados o a aquellos que se inscriban en el sindicato (52).

En realidad, para nosotros, la interpretación jurídica de un fenómeno como el de esta Ley no tiene que hacerse en virtud de argumentos de razón de la ley y de compatibilidad abstracta. La igualdad o discriminación en las relaciones laborales existe en la realidad social: se margina o no se margina a ciertas personas del mercado de trabajo. Es un asunto de mediciones.

No hubiera sido extraño que se produjera en la época una marginación de los trabajadores sindicalizados, con lo que la ley restablecía la equidad al obligar que al menos un cierto porcentaje de ellos fuera contratado. Tampoco hubiera extrañado que no se produjera discriminación y que esta ley viniese a romper la equidad preexistente. Todo era cuestión de averiguar lo que sucedía en la realidad y tomar la decisión correspondiente.

Estamos convencidos que, en la interpretación de los fenómenos jurídicos, y la inconstitucionalidad de una norma no es una excepción, puede bien concurrir el elemento sociológico del análisis y que, eventualmente, puede tener influencia definitiva en ciertos casos, sobre todo cuando se trata de poderes sociales reales y actuantes. El caso de la con-

(52) CARRILLO CALLE, Martín. *La Bolsa de Trabajo y el control de la constitucionalidad*. VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 50.

tratación de trabajadores cuando existe sobreoferta de mano de obra es uno de ellos.

En definitiva, creemos que un pronunciamiento en abstracto como el que hizo una y otra parte era inadecuado y, en cuanto a nuestra opinión, diremos que no es posible formarse una idea de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley 25202 sin tomar en cuenta los elementos que hemos requerido.

No hay que olvidar que el Derecho del Trabajo, y esto es también aplicable a su dimensión constitucional, tiene una función de control de los excesos que una u otra parte pueda cometer dentro de las relaciones laborales. Tampoco hay que olvidar que la libertad de contratación en materia laboral está cargada con restricciones diversas que buscan equilibrar las desigualdades. Es por esta razón que no consideramos que se pueda decir en abstracto si la ley 25202 era o no inconstitucional.

63. Artículo 26 inciso 2

«Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

[...]

2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

[...]»

Análisis exegético

La irrenunciabilidad de los derechos laborales equivale a decir que el trabajador que expresa voluntad renunciando a ellos realiza un acto nulo porque es una declaración de voluntad que va contra norma de orden público y, por tanto, es aplicable el principio contenido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil que dice: "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

En otras palabras, los derechos irrenunciables no caducan ni siquiera por declaración de la parte interesada en ellos. Desde luego, podrá ser que en un caso como éste de hecho se produzca la inaplicación del Derecho, pero siempre podrá ser reclamado, y se deberá obtener la protección respectiva.

El inciso señala que son irrenunciables los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley. Una interpretación a contrario indica que sí podrían ser materia de renuncia los demás derechos. Marcenaro está de acuerdo con esta interpretación al decir:

No todos los derechos laborales son irrenunciables sino solamente los que son de orden público, es decir, solamente aquellas garantías consideradas como mínimas. Pero existen otros derechos laborales disponibles sujetos a ser rebajados y aún eliminados. Tal como lo establece el art. V del Título Preliminar del Código Civil es nulo el acto jurídico que atenta contra el orden público o las buenas costumbres. En consecuencia siendo los derechos laborales mínimos disposiciones de orden público serán nulos los pactos o convenios que pretendan disminuirlos o desapa-recerlos. Son irrenunciables los derechos otorgados por la legislación como mínimos pero si son disponibles los que nacen del contrato individual, convenio colectivo o voluntad unilateral del empleador y que no tengan tal carácter. En conclusión existen derechos laborales mínimos imperativos y por lo tanto, irrenunciables establecidos por la Constitución o la ley y otros derechos renunciables en la medida en que es indiferente al ordenamiento legal si permanecen en la esfera de poder del trabajador (53).

Blancas Bustamante, sin embargo, contradice esta opinión manifestando lo siguiente:

El enunciado de este principio —que es fundamental en el Derecho Laboral— resulta limitativo respecto a la fórmula del art. 57° de la Constitución Política de 1979 («Los derechos reconoci-

(53) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 156.

dos a los trabajadores son irrenunciables») porque atribuye ese carácter exclusivamente a los establecidos por la propia Constitución y la ley, omitiendo mencionar los otorgados en virtud de la Convención Colectiva de Trabajo que la doctrina considera, igualmente, irrenunciables por pacto individual.

Asimismo, al descartarse las oraciones «Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo», que integraban el art. 57° de la Constitución Política de 1979, se le quita fuerza a la enunciación del principio, aunque, por supuesto, la ley laboral podría -debería- precisar con toda claridad las consecuencias de la renuncia de derechos por el trabajador (54).

Compartimos las opiniones de Blancas Bustamante. Si la irrenunciabilidad de derechos es una protección al trabajador, él debe estar en condiciones de recibir todo aquello a lo que tenga derecho según disposiciones legales y pactos establecidos, sin que su voluntad individual pueda ser presionada por el empleador para que renuncie a ellos. Y es que, en el fondo, la razón de la irrenunciabilidad está en esto: en el juego de poder que se produce dentro de la relación laboral, la parte fuerte es el empleador, sobre todo cuando hay sobreoferta de mano de obra. Por consiguiente, será él quien presione al trabajador para que renuncie a sus derechos. Si esta posibilidad queda abierta, como lo plantea la interpretación que Marcenaro hace de la norma constitucional, entonces se legitima la fuerza que pueda utilizar el empleador contra el trabajador individual para que renuncie a derechos. Y contra esto es precisamente que aparece el Derecho del Trabajo.

Adicionalmente, en esta circunstancia se rompe el principio de la no discriminación pues algunos trabajadores gozarán de los derechos y otros, los que hubieren renunciado a ellos, no los tendrán. Nótese que, normalmente, la renuncia provendrá de presión del empleador pues no es

(54) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Los derechos laborales y la estabilidad del trabajo en la Constitución de 1993*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 99.

razonable pensar que el trabajador se negará esos derechos por propia voluntad.

Consideramos, por consiguiente, que atendiendo al principio de igualdad de oportunidades sin discriminación existente en el inciso anterior, a la finalidad del Derecho del Trabajo y a la doctrina predominante, se debe establecer, jurisprudencialmente, que la renuncia a derechos legítimamente establecidos, y mientras lo estén, es nula y sin efecto en materia laboral. Nos apoyamos en la razón de ser del Derecho Laboral y en la equidad que debe existir dentro del juego de poder de las relaciones laborales, en el cual el Derecho no puede crear la situación en la cual el empleador pueda presionar al trabajador para que renuncie a derechos vigentes para otros.

64. Artículo 26 inciso 3

«Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

[...]

- 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.»*

Análisis exegetico

Nos hallamos ante el principio *in dubio pro operario*, cuyo supuesto consiste en que existe una norma de interpretación dudosa y, entre las posibilidades, existe una que beneficia al trabajador más que otra. También es necesario que dicha duda no pueda ser solucionada por los mecanismos tradicionales de la interpretación jurídica, es decir, que sea *insalvable*.

Ante estas circunstancias, se estará a lo que resulte más favorable al trabajador.

Marcenaro dice lo siguiente sobre este inciso:

En mérito a lo expuesto debemos concluir que se trata de interpretar en forma favorable al trabajador cuando existen dudas sobre el sentido de una norma. La disposición precisa que no se trata de cualquier duda sino solamente de aquellas «Insalvables», es decir, que no pueden ser resueltas por los sistemas propios de la hermenéutica interpretativa. Por lo tanto no se trata de que ante la mínima duda se busque una interpretación favorable al trabajador, sino como último mecanismo o también llamado mecanismo de cierre (55).

Y luego, en relación al trabajo mismo de los constituyentes, tanto en relación a los cambios que hicieron, como a las razones que tuvieron para ellos, dice el mismo Marcenaro, que tuvo un papel destacado en la elaboración de esta parte de la Constitución como congresista:

Esta norma mejora la redacción de la Constitución de 1979 fundamentalmente en los aspectos siguientes:

a) la Constitución anterior decía: «en la interpretación o duda...» lo que había llevado a que los jueces en muchos casos efectuaran interpretaciones favorables a los trabajadores no obstante no existir duda alguna en la norma. El nuevo texto habla sólo de duda.

b) El nuevo texto agrega el término duda «insalvable» para impedir que el juzgador opte por el fácil recurso de aplicar este principio sin hacer esfuerzo alguno por interpretar la norma por los métodos tradicionales. Es decir, se debe evitar que ante la mínima vacilación se recurra a la interpretación favorable al trabajador sino sólo en los casos de duda insalvable por los otros medios.

c) Se ha superado la redacción de la anterior Constitución que se refería a duda de cualquier «disposición» mientras que la nueva con una redacción más técnica se refiere a duda en el sentido de una «norma». Por norma se entiende no solamente las leyes sino también otras de menor jerarquía.

(55) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 157.

d) La nueva redacción impide que el juzgador extienda su protección a la interpretación de los hechos materia del proceso. Es decir, con la Constitución anterior se juzgó que cuando las pruebas no habían dilucidado un hecho el juez interpretaba esos hechos en favor del trabajador. Los hechos deben ser probados por las partes y el juez no puede sustituirlos. La Constitución nueva sólo permite la interpretación favorable en caso de duda insalvable en la interpretación del sentido de una norma y no de hechos” (56).

En cuanto al primer párrafo, Marcenaro tiene razón: la interpretación, cuando clarifica debidamente el sentido de la norma, no tiene por qué inclinarse teleológicamente hacia una de las partes: simplemente, el resultado de interpretación dará el significado a aplicar.

En el segundo apartado también parece razonable entender que la duda sólo se produce cuando es insalvable. Si al final resultaran claros los contenidos de la norma, entonces en realidad no había duda sino problema de interpretación. Sin embargo, la clarificación de la situación no se hace *por otros medios* hasta donde entendemos el problema, sino precisamente por medio de la interpretación.

El comentario del párrafo signado por la letra c) alude a que el cambio de *disposición* por *norma* clarifica el sentido. En realidad, las normas jurídicas existen en todo tipo de fuente del Derecho. Las *disposiciones* se entienden generalmente las normas que alguien emite, esto es, el Estado. *Disposición* tiene el significado de norma legislativa. El Diccionario de la Real Academia Española dice en la acepción pertinente que es “precepto legal o reglamentario, deliberación, orden y mandato del superior”.

En este sentido, *disposición* se contrapone a otras fuentes del Derecho como la costumbre o el contrato. Es verdad que queda más claro, y es más amplio, decir que se aplique la interpretación más favorable al trabajador de una *norma*, porque así toda norma jurídica exigible podrá

(56) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, pp. 157-158.

ser aplicada de esta manera, provenga de las normas legislativas (*disposiciones*), de las costumbres o del contrato individual o colectivo.

Norma es, como bien se sabe, un mandato de obligatoriedad jurídica, emitido conforme a las fuentes del Derecho reconocidas, y que para cuyo cumplimiento tiene el respaldo de la fuerza del Estado. Desde luego, una norma jurídica tiene que ser concorde con los grandes principios del Derecho desde el punto de vista de contenido. Si fuera abiertamente arbitraria, o favoreciera por ejemplo un crimen de lesa humanidad, no podría ser reconocida como norma jurídica. Pero ésta es una discusión más compleja que no cabe dar aquí.

En síntesis, pensamos que es mejor utilizar la expresión *norma* que la de *disposición*, pero por razones distintas a las aportadas por nuestro autor.

En relación al cuarto párrafo, consideramos que en efecto, cuando los hechos se prueban son hechos y deben ser tomados como tales. Pero cuando no se prueban, se genera una situación de aplicación de Derecho que puede presentar dudas insalvables. Después de todo, la duda sobre el significado de una norma puede venir de su misma expresión (es dudosa en su texto), o puede venir de su cotejo con la realidad (el texto de la norma es claro pero se oscurece al tomar contacto con un hecho concreto). Las dos dudas son de interpretación y a ambas se aplica esta norma. Por consiguiente, la norma que comentamos también deberá aplicarse cuando se presente una duda insalvable que provenga de la manera cómo debe aplicarse la ley a una situación cuya realidad, cuyos hechos, no pueden ser debidamente probados y hacen dudar quién debe aplicarla.

Blancas Bustamante hace observaciones que estimamos pertinentes respecto de este tema:

Aún cuando es indiscutible que el segundo párrafo del art. 57° de la Constitución Política de 1979 era confuso y requería de clarificación en cuanto se presentara la ocasión, lo cierto es que permitía deducir de su contenido las tres posibles manifestaciones concretas del principio «pro operario», a saber, a) In dubio pro operario, b) Norma más favorable, y c) Condición más beneficiosa.

En cambio, el inc. 3 del art. 26° de la Constitución Política de 1993, se limita a la primera de aquellas manifestaciones, es decir a consagrar constitucionalmente el principio según el cual en caso de duda acerca del sentido de una norma se optará por la interpretación que sea más favorable al trabajador. Para reducir, más aún, el margen se exige que la duda sea «insalvable» lo que resulta innecesario pues si ésta fuera salvable o superable no existiría duda y no procedería recurrir a este principio (57).

Y luego añade:

Se deja de lado, en cambio, otro principio conceptualizado tan importante como éste, que es el de la norma más favorable, que, como se sabe, no obedece al supuesto de duda sobre la interpretación de una norma, sino al de concurrencia de normas de diversa jerarquía aplicables al mismo caso, entre las cuales debe elegirse la más favorable al trabajador.

Tampoco se incluye la tercera manifestación del principio «pro operario» —quizás la más polémica en cuanto a su contenido y alcance, así como respecto a su inclusión en el art. 57° CP.79— pero que tiene importancia para el derecho laboral. El respecto a la «condición más beneficiosa» adquirida o disfrutada por el trabajador, es necesario para evitar que normas posteriores de contenido peyorativo resulten afectando o desmejorando situaciones lícitamente establecidas.

Sin duda que la ley laboral —en forma general o particular— puede consagrar positivamente estos principios, o aún sin ello, la jurisprudencia —siguiendo la doctrina— reconocerlos y aplicarlos, pero, al menos en nuestro medio, parece difícil que ello ocurra si la propia Constitución adopta una postura cerrada y restrictiva (58).

(57) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Los derechos laborales y la estabilidad del trabajo en la Constitución de 1993*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 99.

(58) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Los derechos laborales y la estabili-*

Coincidimos con Blancas en que cuando haya dos normas de diversa jerarquía también se deberá recurrir al principio de favorecer al trabajador, naturalmente, siempre que una de dichas normas no invalide automáticamente a la otra por derogación expresa o tácita. El problema que analizamos es más frecuente de lo que parece, sobre todo entre normas con rango de decreto o resolución expedidas en épocas distintas, o con resoluciones jurisdiccionales que no funcionan como precedente obligatorio y disposiciones de base administrativa o ejecutiva.

También coincidimos con él en la necesidad de reconocer la condición más beneficiosa, sobre la que no se pronuncia ni en un sentido ni en otro la Constitución. Finalmente, también creemos que la ley laboral, y en todo caso la jurisprudencia, pueden establecer estas normas en su nivel sin caer en inconstitucionalidad pues ninguno de estos aspectos está proscrito por la Constitución.

Y sobre la significación del Derecho Laboral para el Derecho en su conjunto, a propósito de los temas desarrollados en este artículo 26, Neves hace una observación interesante con la que concluimos:

Por último, cabría señalar, en la mira de la vinculación entre los derechos laborales y los derechos humanos, que entre las disciplinas correspondientes se ha producido de alguna manera un trasvase de principios, dados los semejantes supuestos protectores que caracterizan a ambas. Así, por mencionar sólo dos ejemplos de los múltiples posibles, los principios de la norma más favorable y de la irrenunciabilidad de derechos que fueron formulados en el Derecho del Trabajo para los supuestos de conflicto entre dos o más disposiciones aplicables a un caso y abandono unilateral y voluntario de derechos, respectivamente, tienen hoy día recepción también en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (59).

-
- dad del trabajo en la Constitución de 1993.* VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, pp. 99-101.
- (59) NEVES MUJICA, Javier. *La tutela internacional de la libertad sindical.* VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 8.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, p. 167.

65. Artículo 27

«Artículo 27.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la norma que comentamos en la Constitución de 1979 era el siguiente:

“Artículo 48.- El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”.

El criterio ha cambiado en el sentido que la Constitución de 1979 daba estabilidad en el trabajo salvo causa justa de despido, preestablecida jurídicamente y comprobada previamente. En cambio, la Constitución de 1993 protege contra el despido *arbitrario*. Un despido puede no ser arbitrario y, sin embargo, puede ocurrir que el trabajador no haya cometido falta que constituya justa causa, o que no haya cometido falta en absoluto. Esto muestra la diferencia entre las dos disposiciones. En esencia, con la Constitución de 1993 la pérdida de empleo por el trabajador es más factible que con la Constitución de 1979.

Este giro corresponde a la posición neoliberal que ha prevalecido en el constituyente de 1993.

Análisis exegético

Según Carlos Blancas Bustamante, la protección al trabajador vinculada al despido empezó casi sin lugar a dudas en México:

Parece no existir discusión acerca del origen mexicano del «derecho a la estabilidad en el trabajo». La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, aprobada en 1919 por la célebre Asamblea Constituyente de Querétaro, convocada por el Presidente Venustiano Carranza luego de años de revolución y guerra civil, estableció esta nueva, y trascendente, institución del derecho del

trabajo, al proclamar en el numeral XXII, del inciso A del artículo 123 que: «El patrono que despidiera a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario».

Refiriéndose a este precepto, Mario de La Cueva ha afirmado que “la idea de la estabilidad en el trabajo es una creación de la Asamblea Magna de 1919 sin ningún precedente en otras legislaciones ni siquiera en la doctrina de algún escritor o jurista [...]” (60).

El tema de la protección contra el despido arbitrario se vistió de polémica en el Perú durante las últimas décadas, a raíz de que el Gobierno Revolucionario del general Juan Velasco Alvarado dictó una ley de estabilidad laboral de acuerdo a la cual era muy difícil despedir a un trabajador, aún cuando hubiera tenido conducta impropia en su condición de tal. Con cambios muy pequeños que no afectaron su sustancia, la ley permaneció en vigor durante los gobiernos del Presidente Belaunde y del Presidente García Pérez, en la década de los años ochenta. La Constitución de 1993 cambió en este plano de la normatividad, el régimen imperante.

La causa final del derecho de protección contra el despido arbitrario es regular la potestad del empleador de dar por concluido el contrato de trabajo. Dice Carlos Blancas Bustamante:

El propósito del derecho a la estabilidad laboral es limitar o restringir la facultad que, tradicionalmente, se ha atribuido al empleador para dar por terminada la relación de trabajo, condicionándola a la existencia de una causa objetiva, esto es, descartan-

(60) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Derecho de la Estabilidad en el Trabajo*. Lima, Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, 1991, p. 17.

do como motivo válido y suficiente para el despido del trabajador la voluntad unilateral del empleador (61).

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales trata del tema en la forma siguiente:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 7.- Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

[...]

d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;

[...]».

Como podemos apreciar, existen diversos conceptos que es necesario aclarar: estabilidad laboral, protección contra el despido arbitrario o injustificado, justa separación, etc. Dice Javier Neves:

La estabilidad laboral comprende dos reglas básicas, de las cuales la primera opera en el momento de la contratación y la segunda en el de la extinción. La regla «de entrada» consiste en la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, la que se traduce al admitir la celebración de contratos de

(61) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Derecho de la Estabilidad en el Trabajo*. Lima, Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, 1991. pp. 30-31.

duración determinada sólo cuando la naturaleza de la labor que el trabajador va a cumplir sea temporal. La regla «de salida» conlleva la prohibición del despido injustificado, esto es, carente de una causa contemplada en la ley y acreditada ante un organismo imparcial.

La estabilidad laboral que actúa al producirse la terminación, admite a su vez dos nuevas distinciones. Una de ellas se refiere a la oportunidad del despido. Se diferencia así entre el despido directo y el despido propuesta. Mientras en aquel, la decisión del empleador de extinguir la relación laboral surte efectos inmediatos, reconociéndose al trabajador afectado el derecho de impugnarla posteriormente ante el Poder Judicial; en éste, se requiere de la autorización expedida por una autoridad independiente, previamente a la consumación del despido.

La otra distinción alude a las acciones reconocidas por el ordenamiento al trabajador que considera su despido justificado. Se mueve, pues, en el ámbito del despido directo. En este caso se diferencia entre la estabilidad laboral absoluta y la relativa, siendo la primera la que admite la reposición en el empleo como mecanismo reparatorio frente a un despido injustificado, y la segunda la que otorga sólo una indemnización en tal hipótesis (62).

De manera que una esquematización de los conceptos involucrados nos conduce al siguiente cuadro:

— Estabilidad *de entrada*.

- Preferencia de la relación de trabajo indefinida sobre la de plazo determinado.

(62) NEVES MUJICA, Javier. *La estabilidad laboral en la Constitución de 1993. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. II*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 45.

— Estabilidad *de salida*.

- Despido directo. La decisión la toma el empleador.
 - Estabilidad laboral absoluta. En el caso de despido arbitrario se ordena la reposición.
 - Estabilidad laboral relativa. En el caso de despido arbitrario se ordena una indemnización.
- Despido propuesta. La resolución de despedir la toma una autoridad que no es empleador o trabajador.

De esto puede verse que la Constitución sólo se ocupa expresamente del tema del despido directo y, dentro de él, puede adoptar tanto la estabilidad absoluta como la relativa.

Neves hace las siguientes acotaciones:

Las interpretaciones formuladas hasta ahora coinciden en señalar que el artículo en cuestión, de un lado, prohíbe el despido arbitrario, esto es, el carente de causa justificada, consagrando por tanto la regla «de salida» de la estabilidad laboral, y del otro, admite diversos mecanismos de reparación frente a un despido arbitrario, subsumibles en la figura de la adecuada protección, cobijando de ese modo tanto el modelo de la estabilidad absoluta como el de la relativa.

Creo, sin embargo, que una lectura progresiva del precepto podría concluir válidamente en que la regla consagrada expresamente —la «de salida»—, supone también la plasmación de la otra —la «de entrada»—, ya que en caso contrario el derecho de estabilidad laboral quedaría vaciado de contenido; y que la única verdadera adecuada protección frente al despido arbitrario es la reposición en el empleo.

Sostengo lo anterior, por una parte, porque si un ordenamiento protegiera la estabilidad laboral en la extinción pero no en la contratación, aquella podría ser fácilmente burlada mediante la celebración generalizada de contratos de duración temporal, inclu-

sive para las labores permanentes, cuya resolución operaría por mero vencimiento de los plazos respectivos, sin despidos. La prohibición de los despidos arbitrarios quedaría así reservada para supuestos excepcionales.

Por otra parte, admitir que un despido arbitrario surta efectos, es equivalente a negar el carácter causal de la institución y, por consiguiente, la propia regla «de salida» de la estabilidad laboral, que supone la prohibición del despido sin causa justificada. Por ello, ni la indemnización ni menos otras formas posibles de pretendidas reparaciones, constituyen auténticas protecciones adecuadas (63).

Compartimos las posiciones de Javier Neves en todos los extremos: consideramos que la norma de estabilidad de entrada puede perfectamente ser incorporada por la legislación, como en efecto lo está y que la estabilidad absoluta, con procedimientos razonables de despido por causal justificada, son la mejor alternativa. Sin embargo, en relación a esto último, la legislación ha optado por la indemnización por despido arbitrario, con el pago de un sueldo y medio por año de servicios, hasta un tope de doce años, es decir, dieciocho sueldos.

Marcenaro indica, correctamente, que las normas de OIT avalan esta alternativa:

El Convenio 158 de OIT ratificado por el Perú en su artículo 10 señala que en caso de ser injustificado el despido «...y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada». Por lo tanto, el Convenio 158 de OIT reconoce las dos manifestaciones de la estabilidad (absoluta y relativa). Así lo dice

(63) NEVES MUJICA, Javier. *La estabilidad laboral en la Constitución de 1993. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. II*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 48.

expresamente Arturo S. Bronstein, Jefe de la Sección de Legislación del Trabajo de OIT en Ginebra «Acotaremos que el Convenio 158 no impone una u otra solución y al parecer acepta todas ellas» (64).

Consideramos que la fórmula del contrato indefinido como regla general (a menos que se demuestre que debe tener finalización) es más correcta porque se atiene a la naturaleza de las cosas: la función deberá ser siempre realizada y no hay razón para no dar estabilidad a la persona que lo ocupa, desde luego, con un período de prueba razonablemente largo en el que pueda demostrar sus capacidades.

También estimamos que la estabilidad absoluta es la respuesta correcta a la fase de salida porque es la que protege mejor al trabajador capaz, cuando una enorme tasa de desempleo pone a disposición del empleador un número ingente de candidatos a ocupar el puesto. En este tipo de circunstancias, la desigualdad de poder y el abuso en el despido puede ser significativo. Desde luego que puede costar caro despedir arbitrariamente como política general, pero muchos están dispuestos a correr ese gasto en vez de mantener trabajadores por largos períodos dentro de la empresa.

En los ámbitos en los que la preparación del trabajador, su experiencia o habilidades son factor determinante, el equilibrio de fuerzas es mayor: el despido arbitrario no sólo cuesta en indemnización, sino en capacidades del personal. Aquí puede funcionar la estabilidad relativa. Pero en los empleos de baja calificación, en un país de alto desempleo y gran cantidad de mano de obra, tiende necesariamente a la inequidad. Por eso estamos contra ella.

Creemos, sí, que es indispensable establecer un sistema de estabilidad laboral absoluta con procedimientos eficientes para el despido por causa justificada. Ello es posible de establecer pero nunca se aplicó en el Perú de los setenta y los ochenta, generando un explicable rechazo a la estabilidad que entonces existió.

(64) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, pp. 164-165.

66. Artículo 28

«Artículo 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. *Garantiza la libertad sindical.*
2. *Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.*

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. *Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.»*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Sólo tiene antecedentes el inciso 2 del artículo 28. Figuran en las Constituciones de 1920 y 1933:

“Constitución de 1920, artículo 48.- Los conflictos entre el capital y el trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio”.

“Constitución de 1920, artículo 49.- La ley establecerá la forma como deban organizarse los Tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar las diferencias entre el capital y el trabajo y los requisitos y condiciones para los efectos obligatorios de los fallos”.

“Constitución de 1933, artículo 43.- El Estado legislará el contrato colectivo de trabajo”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las normas de la Constitución de 1979 que constituyen antecedentes de este artículo son las siguientes:

“Artículo 51.- El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización sin autorización previa. Nadie está obligado a formar parte de un sindicato ni impedido de hacerlo. Los sindicatos tienen derecho a crear organismos de grado superior, sin que pueda impedirse u obstaculizarse la constitución, el funcionamiento y la administración de los organismos sindicales.

Las organizaciones sindicales se disuelven por acuerdo de sus miembros o por resolución en última instancia de la Corte Suprema.

Los dirigentes sindicales de todo nivel gozan de garantías para el desarrollo de las funciones que les corresponden”.

“Artículo 54.- Las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tienen fuerza de ley para las partes.

El Estado garantiza el derecho a la negociación colectiva. La ley señala los procedimientos para la solución pacífica de los conflictos laborales.

La intervención del Estado sólo procede y es definitiva a falta de acuerdo entre las partes”.

“Artículo 55.- La huelga es derecho de los trabajadores. Se ejerce en la forma que establece la ley”.

En forma sustantivamente abreviada, la Constitución de 1993 reconoce el derecho de sindicación y garantiza la libertad sindical. Puede entenderse dentro de estas dos normas el contenido del primer párrafo del artículo 51 de la Constitución de 1979 en el sentido de que está permitida la sindicalización sin autorización previa y que nadie está obligado o impedido de pertenecer a un sindicato (salvo las limitaciones que expresa la propia Constitución en su texto). También debe entenderse incluida aquí la posibilidad de crear organismos de grado superior y la garantía de su libre funcionamiento. No está claramente incluida, en cambio, la norma que contenía el artículo 51 de la Constitución de 1979 en su segundo párrafo, en el sentido de que las organizaciones sindicales se disuelven por acuerdo de sus miembros o por resolución jurisdiccional. En este sentido, los sindicatos tendrán que acogerse al principio de que las aso-

ciaciones no pueden ser disueltas por resolución administrativa según el inciso 13 del artículo 2 de la Constitución de 1993.

También ambas Constituciones reconocen la negociación colectiva, pero de manera distinta. La de 1993 le da *fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado*, lo que es un eufemismo porque, como cualquier convención, tiene fuerza por haber sido tal. La Constitución de 1979 le daba fuerza de ley para las partes lo que probablemente fue una exageración que quería decir que los acuerdos tenían fuerza de una norma jurídica pero no de rango de ley porque ello no es consistente con la organización del Estado.

La Constitución de 1979 daba también al Estado la función de resolver a falta de acuerdo. La de 1993, en cambio, sólo prevé *formas de solución pacífica de los conflictos laborales* con lo que pueden establecerse formas de solución que no supongan la participación del Estado como entidad de última instancia.

Finalmente, ambas Constituciones reconocen el derecho de huelga. La Constitución de 1979 remitía su ejercicio al cumplimiento de la ley. La Constitución de 1993 establece que el Estado regulará la huelga para que se ejerza en armonía con el interés social, y que para tal efecto señalará sus excepciones y limitaciones. En este punto el tratamiento de las dos Constituciones es gruesamente similar.

Carlos Blancas Bustamante hace las siguientes consideraciones en relación a las diferencias entre ambas Constituciones:

El art. 28.1 de la Constitución Política de 1993 «Garantiza la libertad sindical». Con este enunciado tan amplio —y la regla interpretativa contenida en la mencionada 4ª Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993— resulta innecesario explicitar las referencias del art. 51º de la Constitución Política de 1979 a las formas concretas de la libertad sindical llamadas «positivas» y «negativa» que, obviamente se encuentran subsumidas en la nueva redacción, que no contiene limitación alguna.

En el mismo sentido, la supresión de la mención expresa de la garantía de tutela a la libertad sindical consiste en prohibir la disolución de los organismos sindicales por acto administrativo, —la

que, según el art. 51° de la Constitución Política de 1979, sólo procede por acuerdo de sus miembros o resolución de la Corte Suprema— no afectaría su existencia en cuanto aquella se encuentra taxativamente formulada por el propio Convenio 87° de la OIT en su art. 4.

Cosa distinta acontece, en cambio, con la supresión del último párrafo del art. 51° de la Constitución Política de 1979 relativo a las garantías que deben reconocerse a los dirigentes sindicales para desempeñar sus funciones, pues el Convenio No. 135 de la OIT (arts. 1° y 2°) que se refiere a ellas no se encuentra ratificado por el Perú. Se trata, por tanto, de una supresión que puede favorecer restricciones al ejercicio de la dirigencia sindical, afectando la libertad sindical (65).

Análisis exegético

Este artículo condensa en sí tres derechos importantes y polémicos en el mundo actual: sindicación, negociación colectiva y huelga.

El derecho de sindicación consiste en la libertad que tienen los trabajadores y los empleadores de formar, cada grupo por separado, organizaciones de defensa de sus intereses dentro de la relación de trabajo, coaligándose para tal efecto con quienes pertenecen a su mismo grupo. Si bien el derecho pertenece a empleadores y trabajadores, la difusión del sindicato y su mayor desarrollo corresponde a los trabajadores.

La negociación colectiva es el derecho que tienen empleadores y trabajadores de discutir y acordar entre ellos convenios sobre las relaciones laborales que los unen y que tendrán la fuerza que las leyes les asignen, la que adoptará diversas modalidades pero será superior a la que corresponde a un simple contrato privado entre partes. Dice Javier Neves Mujica:

(65) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Los derechos laborales y la estabilidad del trabajo en la Constitución de 1993*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 106.

En síntesis, conjugando los puntos tratados en este rubro, tendremos que la negociación colectiva se sustenta en la autonomía colectiva, entendida como capacidad de autorregulación de sus relaciones por los sujetos laborales, colectivamente considerados, y significa que las partes pueden negociar libremente sobre un amplio conjunto de materias con miras a llegar a un acuerdo, el mismo que debe ser obligatoriamente cumplido (66).

Por su parte, el artículo 41 del Decreto Ley 25593 que es la norma que regula la negociación colectiva en el Perú, la define así: «Convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores o varias organizaciones de empleadores».

La huelga es el derecho de los trabajadores a suspender legítimamente sus labores dentro de la relación de trabajo, como forma de ejercer presión sobre el empleador para obtener de él determinadas decisiones. Si la huelga es legítima, los trabajos del empleador quedarán suspendidos por la ausencia de los huelguistas, quienes no podrán ser sustituidos por otros trabajadores. La fuerza de la huelga consiste en que el empleador no puede realizar las labores propias de su empresa.

La huelga está definida en el artículo 72 del Decreto Ley 25593: «Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo».

La parte final de la introducción del artículo establece que el Estado cautela el ejercicio democrático de estos derechos. Esta expresión quiere decir dos cosas:

(66) NEVES MUJICA, Javier. *El derecho a la negociación colectiva en la jurisdicción constitucional peruana*. VARIOS AUTORES. Lecturas sobre temas constitucionales 7. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 88.

- Del lado de los trabajadores, y eventualmente de los empleadores cuando les compete, que estos derechos deben ser ejercitados de acuerdo a los principios democráticos. En caso contrario, el Estado deberá establecer los correctivos del caso. Se ejercen no democráticamente estos derechos, por ejemplo, cuando se maneja dictatorialmente un sindicato, cuando se hace pedidos en la negociación colectiva que van más allá de lo que se relaciona con las condiciones de trabajo, cuando se ejercita la huelga por razones no vinculadas a las relaciones laborales con el empleador.
- Del lado del Estado, el ejercicio democrático quiere decir que tiene el deber de regular estos derechos dentro de los mismos principios, sin establecer recortes o prohibiciones que los contradigan. El Estado rompe su deber democrático en estos casos, por ejemplo, cuando se niega a reconocer la personería jurídica de sindicatos formalmente bien constituidos; cuando prohíbe por períodos determinados la negociación colectiva, o cuando declara sistemáticamente ilegales las huelgas convocadas, al margen de que haya o no razonabilidad en su declaración.

Evidentemente, el ejercicio democrático de los derechos que tratamos es un concepto fundamentalmente político-social que tiene influencia en el Derecho. Por consiguiente, está sujeto a la definición de las situaciones y las correlaciones de fuerzas existentes, no sólo entre patrones y trabajadores, sino también entre cualquiera de ellos y el propio Gobierno. También tendrá contenido variable en el sentido de que, perfectamente, podrá querer decir cosas distintas en tiempos o espacios diferentes.

Estos derechos tienen extenso reconocimiento internacional. La Declaración Universal de Derechos Humanos dice:

“Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 23.- [...]”

4.- Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses».

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

“Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22.-”

1.- Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2.- El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece lo siguiente:

“Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 8.-

1.- Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2.- El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado”.

Este Pacto establece detalles importantes que no podemos dejar de sintetizar. En primer lugar, establece las reglas a las que se someterá el establecimiento de sindicatos y que son la ley y el propio estatuto de la institución. No habrá más límites, ni a la conformación de los sindicatos, ni a su funcionamiento, que los establecidos en la parte final del literal a) y de literal c) del artículo. En segundo lugar, permite formar organizaciones de grado superior y las considera dentro del derecho de sindicación. En tercer lugar, el derecho de sindicación puede ser restringido a determinadas ramas de la organización del Estado, particularmente a las Fuerzas Armadas, la Policía y a la administración pública.

En el Perú, ni los miembros de las Fuerzas Armadas, ni los Policias, ni los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza y dirección, tienen derecho a sindicarse según la parte final del artículo 42 de la Constitución.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 8.-

1.- Los Estados Partes garantizarán:

a. El derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados Partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados Partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

[...]

2.- El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstas sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

3.- Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato».

El Protocolo añade a los elementos señalados anteriormente el derecho a no pertenecer a un sindicato en el apartado 3 de su texto. Es un derecho que forma parte de las libertades de sindicación reconocidas y que tratamos con más detalle posteriormente.

Luego de la introducción general de los tres derechos, el artículo establece tres incisos referidos a la libertad sindical, al ejercicio y carácter vinculatorio de la convención colectiva, y al ejercicio del derecho de huelga. Por la significación de cada uno de ellos los trataremos separadamente.

66.1. La libertad sindical

Juan Carlos Cortez considera, citando a Pla, que no es bueno, y puede ser hasta perjudicial, pretender una definición de la libertad sindical:

Existen, sin embargo, posiciones contrarias a definir este derecho, por cuanto consideran que puede constituir un límite a la libertad sindical. De esta manera se pronuncia PLA RODRÍGUEZ al señalar que «La expresión libertad sindical tiene un sentido más amplio del que deriva del significado literal —ya, de por sí, muy rico— resultante de la unión de estas dos palabras: libertad y sindicato. No es meramente la libertad para formar sindicatos —y para que éstos actúen libremente— con todo lo que esto conlleva sino todo un conjunto de derechos, posibilidades y garantías establecidas para el desarrollo y funcionamiento de la actividad sindical. No vamos a encerrar el alcance de este derecho, en los términos de una

definición ya que la plasticidad del concepto, revela una mayor elasticidad y amplitud que la realidad, siempre cambiante y novedosa, del mundo del trabajo va creando siempre» (67).

Sin embargo, está dispuesto a señalar sus principales componentes:

Podríamos caracterizar las definiciones modernas sobre la libertad sindical señalando que sus principales elementos son los siguientes: a) Es un conjunto de derechos; b) Los titulares son los trabajadores de manera individual o de manera colectiva (organizaciones sindicales); c) El contenido está básicamente determinado por la libertad de constituir organizaciones sindicales, de afiliarse a ellas y de ejercer la actividad sindical; y, d) La finalidad consiste en la defensa de los intereses de los trabajadores (68).

Esto indica que la libertad sindical pertenece tanto a las personas de los trabajadores, como a las instituciones sindicales que ellos conforman. Hay una libertad individual y una libertad institucional en asuntos sindicales. Todo ello tiene una teleología precisa: la defensa de los intereses en la relación laboral.

Javier Neves intenta dar una definición y lo hace, en nuestro criterio, con claridad:

La doctrina ofrece múltiples conceptos y clasificaciones de la libertad sindical. Tal vez una definición que constituya un buen punto de partida, sería la siguiente: es el derecho de los trabajadores a constituir y afiliarse a organizaciones sindicales, y de aquellos y éstas a desarrollar actividad sindical. Aparecen aquí dos elemen-

-
- (67) CORTEZ CARCELEN, Juan Carlos. *La libertad sindical en la sentencia sobre la Bolsa de Trabajo*. VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 99.
- (68) CORTEZ CARCELEN, Juan Carlos. *La libertad sindical en la sentencia sobre la Bolsa de Trabajo*. VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 99.

tos que los autores suelen combinar para clasificar la libertad sindical: el sujeto (individual y colectivo) y el objeto (de organización y de actividad).

De un lado, la libertad sindical individual está formada por el conjunto de derechos de los que son titulares en forma directa los trabajadores singularmente considerados, y la colectiva por las facultades y atribuciones que corresponden a las organizaciones sindicales propiamente dichas (Sanguineti Raymund 1991: 284 ss.).

Del otro, la libertad sindical de organización o estática consiste en el derecho de los trabajadores a fundar sindicatos y a afiliarse libremente a ellos, y el de los sindicatos a dotarse de la organización y funcionamiento interno que consideren más conveniente y la de actividad o dinámica en el derecho de los trabajadores y sus organizaciones de actuar libremente en el desarrollo de la autotutela colectiva de los intereses del trabajo asalariado, que puede adoptar los más diversos contenidos (Sanguineti Raymund 1991: 285 ss.)» (69).

Desde el punto de vista de la persona humana, la libertad sindical tiene dos dimensiones: una positiva que consiste en el derecho irrenunciable de afiliarse a un sindicato para defender colectivamente sus intereses laborales y otra negativa, que consiste en el derecho de no afiliarse y, si se está afiliado, de retirarse del sindicato.

No se trata simplemente del derecho de afiliación. También de la protección contra tres posibles flancos:

- Uno el de que el empleador tome represalias contra el trabajador por afiliarse, o pretenda que no se afilie cuando tenga derecho a ello. Esto se halla prohibido por varios textos internacionales, en particular por el siguiente:

(69) NEVES MUJICA, Javier. *La tutela internacional de la libertad sindical*. VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 8*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, p. 170.

“Convenio N. 98 OIT, artículo 1.-

1.- Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

2.- Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

a) Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato;

b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo, o con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo».

- Otro, que el propio sindicato, mediante normas o procedimientos refiados con la libertad sindical, le impida hacerse miembro. Ya hemos visto en los instrumentos internacionales citados anteriormente que las limitaciones al ejercicio del derecho de sindicación deben ser necesariamente compatibles con el espíritu de libertad sindical y con los principios de organización democrática de la sociedad. Un sindicato que negara el derecho de participar en él a trabajadores que tengan la expectativa de hacerlo, por razones que no estén clara y previamente establecidas en la ley y en las normas internas, y que correspondan a los principios anteriores, estaría violentando la libertad sindical de los interesados.

Lo dicho, desde luego, no pretende menoscabar el derecho del sindicato a poner reglas adecuadas y razonables para que se produzca y se mantenga la afiliación de las personas. Pero éste no es el supuesto al que nos hemos referido en el párrafo anterior.

- El tercero consiste en que las autoridades públicas pretendan imponer limitaciones a la libertad de las personas para pertenecer a los sindicatos, desde luego, siempre que no se trate de aquéllas que pueden ser establecidas según las excepciones que ya hemos visto anteriormente.

El Convenio 87 de la OIT dice al respecto:

“Convenio N. 87 OIT, artículo 2.- Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas».

Cortez dice respecto de esta libertad positiva y sus reglas de seguridad:

Este derecho del trabajador a afiliarse «al sindicato de su elección ha de traducirse como una prohibición de injerencias patronales, sindicales o públicas en la elección, sin olvidar por otro lado, el derecho del sindicato que haya elegido a establecer unos requisitos de admisión o lisa y llanamente, a rechazar su solicitud, con tal de no incidir en ninguna de las discriminaciones [...]».

Este principio tiene las siguientes consecuencias:

a) El trabajador tiene el derecho de afiliarse al sindicato de su elección, para lo cual debe manifestar su voluntad de hacerlo.

b) La organización sindical no puede rechazar la solicitud del trabajador de manera arbitraria.

c) El límite a la libertad sindical individual positiva lo encontramos en «el respeto por el "aspirante" -y, desde luego, también por el ya afiliado- a los Estatutos del sindicato elegido, lo que es tanto como decir a su ideología ("principios"), estrategia y tácticas ("objetivos") y estructura interna "organización"»

d) Los estatutos de la organización sindical no podrán conferir a la misma «un poder ilimitado para rechazar afiliaciones o las hicieran depender de consideraciones infundadas». Por lo tanto, la aceptación de los estatutos debe provenir de un acto libre del trabajador, pero a su vez estos estatutos no pueden contener «cláusulas de exclusión directas o indirectas que resulten abusivas o discriminatorias».

Existe, por consiguiente, una protección al trabajador frente a las posibles arbitrariedades que cometa el sindicato en la aceptación de las afiliaciones (70).

Al propio tiempo existe una libertad individual negativa, que tiene a su vez dos significaciones complementarias: la primera, el derecho de no afiliarse al sindicato si la persona no lo desea. Nadie puede obligarlo. Tampoco debe haber afiliación automática con el ingreso al trabajo. La sindicación será siempre un acto voluntario y, tratándose de la pertenencia a una institución formalizada, tendrá también que ser un acto formal de postulación. En otras palabras, deberá haber afiliación por voluntad expresa, no tácita.

Una vez dentro del sindicato, la persona mantiene su libertad negativa pero en otro sentido: puede desafiliarse libremente cuando lo desee. Tampoco aquí podrá haber cortapisas ni se tolerará presiones jurídicamente válidas. La libertad de afiliarse supone necesariamente la de desafiliarse.

Dice Cortez:

El contenido de la libertad sindical individual negativa consiste en la libertad de:

- No afiliarse a una organización sindical.
- Desafiliarse del sindicato cuando lo crea conveniente (71).

(70) CORTEZ CARCELEN, Juan Carlos. *La libertad sindical en la sentencia sobre la Bolsa de Trabajo*. VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992., p. 118.

(71) CORTEZ CARCELEN, Juan Carlos. *La libertad sindical en la sentencia sobre la Bolsa de Trabajo*. VARIOS AUTORES. *Algunos derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional*. Lima, ADEC-ATC y DESCO, 1992, p. 121.

En lo que respecta a la libertad sindical en su dimensión institucional, Neves sostiene que: “Comprende tres libertades básicas: la autonomía, la federación y la disolución. La primera contiene a su vez los derechos de reglamentación, representación y gestión [...]” (72).

Si intentamos hacer un esquema del contenido de esta libertad sindical institucional llegamos a los siguientes elementos:

- Autonomía sindical que está referida a la decisión autónoma sobre todos los asuntos institucionales internos relevantes. Comprende:
 - Reglamentación, que es el derecho de dictarse sus propias normas de organización.
 - Representación, que consiste en elegir sus propias dirigencias y representantes.
 - Gestión, que quiere decir, manejarse internamente en forma autónoma de otras instituciones y personas.
- Derecho a federarse que consiste en la posibilidad de crear válida y libremente organizaciones de segundo y tercer grado (federaciones y confederaciones), así como instituciones sindicales internacionales. Supone también el derecho de afiliarse a las existentes.
- Derechos frente a la disolución institucional que significa el derecho de disolución en manos de los propios miembros, la imposibilidad de disolución o suspensión por vía administrativa y la determinación de los casos en que podrá ser disuelto judicialmente. Desde luego, el sindicato también podrá ser cancelado una vez disuelta la empresa de la que formaba parte, desde que no existiendo ésta, tampoco podrá existir aquél (73).

(72) NEVES MUJICA, Javier. *La tutela internacional de la libertad sindical*. VARIOS AUTORES, *Lecturas sobre temas constitucionales 8*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, p. 174.

(73) NEVES MUJICA, Javier. *La tutela internacional de la libertad sindical*. VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 8*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, p. 174.

Estos derechos desde el punto de vista institucional están expresamente garantizados en instrumentos internacionales:

“Convenio N. 87 OIT, artículo 3.-

1.- Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

2.- Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal».

Este texto consagra lo que Neves ha denominado *autonomía sindical* con los tres contenidos incorporados.

“Convenio N. 87 OIT, artículo 5.- Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores».

Este es el derecho denominado por Neves como *derecho de federación*.

“Convenio N. 87 OIT, artículo 4.- Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa».

Esta norma establece la protección contra la disolución administrativa, también mencionada en la clasificación de Neves.

Los derechos anteriormente mencionados tienen un punto de partida: la adquisición de personería jurídica por el sindicato. En relación a ello el Convenio 87 de la OIT dice lo siguiente:

“La adquisición de la personalidad jurídica por las organizaciones de trabajadores y de empleadores, sus federaciones y confederaciones no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio».

Es decir, se podrá establecer requisitos para otorgar la personería jurídica, pero ninguno de ellos podrá afectar las libertades anteriores. En otras palabras, tendrán que estar referidos a trámites formales razonables y a la probanza de la voluntad de los fundadores, también mediante exigencias razonables.

Como dice O'Donnell:

No constituyen imposición de una autorización previa los requisitos formales exigidos para el reconocimiento de personalidad jurídica de un sindicato, siempre que no pasen de ser meras formalidades sin carácter sustantivo. Para asegurar que esas formalidades no se presten a arbitrariedades ni abusos de poder, dichos requisitos deben estar claramente establecidos por ley, debiendo existir también una segunda instancia jurisdiccional a la cual pueda ser sometida toda decisión administrativa que niegue o condicione la inscripción de un sindicato (74).

Para concluir el tratamiento de la libertad sindical, queremos indicar que todos los aportes que hacen los instrumentos internacionales en esta materia, y que son varios frente a la parquedad de la Constitución, son para nosotros derechos constitucionales protegidos por las garantías constitucionales establecidas, según la metodología que oportunamente hemos fundamentado.

Nos resta por decir que al analizar el derecho de asociación en el inciso 13 del artículo 2 de la Constitución, hemos trabajado el tema de la vinculación o diferenciación entre el derecho de asociación y la libertad sindical y hemos encontrado que ambos son derechos específicos distintos, que, sin embargo, pueden encontrarse protegidos bajo el mismo derecho genérico que es el de asociación (no en el sentido civil, sino constitucional). A dicha parte de este texto nos remitimos para la fundamentación respectiva.

(74) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 268.

66.2 *El derecho a la negociación colectiva*

El inciso 2 de este artículo establece que el Estado fomenta la negociación colectiva y que su resultado, la convención colectiva, *tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado*. Añade que el Estado promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

El tema de los alcances de la expresión *fuerza vinculante* de la negociación colectiva se ha discutido extensamente en el Perú, sobre todo por el cambio que hizo la Constitución de 1993 frente al texto sólido pero inexacto de la Constitución de 1979 que daba a la convención fuerza de ley entre las partes, lo que era un contrasentido porque la ley no es convencional ni tiene alcance particular.

Dice Marcenaro al respecto:

La nueva Constitución ha abierto una seria polémica por cuanto ha modificado la expresión «fuerza de ley», por el término «fuerza vinculante». Al respecto, se le compara con el texto de la Constitución de 1979 que contenía la expresión «...fuerza de ley para las partes», lo cual fue interpretado por un sector de laboralistas como que, además de reconocerse el carácter normativo del convenio colectivo, se le atribuía un determinado rango normativo: rango primario, es decir equivalente a una ley.

La pregunta que nos formulamos es si la Constitución de 1979 concedía de verdad rango de ley a los convenios colectivos.

[...]

Nosotros consideramos que la expresión usada en la Constitución de 1979 es incorrecta por cuanto el convenio colectivo no es una ley. Las leyes son atribución del poder legislativo. No debe confundirse el carácter normativo de los convenios colectivos con las leyes. Por ello, la nueva Constitución aplica la terminología moderna al estipular que el convenio colectivo tiene «fuerza circulante» (75).

(75) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, pp. 179-180.

De esta cita nos queda claro que en opinión de los constituyentes era necesario cambiar la expresión de la Constitución de 1979, aunque por razones parcialmente distintas a las que hemos expresado. Sin embargo, no nos queda igualmente claro qué es lo que se pretendió decir con *fuerza vinculante*.

Dice Toyama comentando este mismo problema:

Sobre la expresión «fuerza vinculante», Kelsen describe lo siguiente: «El mandato es vinculante no porque el individuo que ordena tenga un poder efectivamente superior, sino porque está dotado del poder de emanar mandatos de naturaleza vinculante. Están autorizados y dotados del poder sólo si un ordenamiento normativo, que se supone vinculante, les confiere aquella facultad, esto es, la competencia para emitir mandatos vinculantes».

De otro lado, resulta ilustrativa la definición de García Perrote sobre el término «fuerza vinculante»: «La expresión fuerza vinculante implica la eficacia normativa e inderogable del convenio colectivo, o si se prefiere la eficacia real: (efecto automático y efecto imperativo), sobre las relaciones individuales de trabajo incluidas en el ámbito de aplicación del mismo».

La doctrina nacional también sigue esta corriente interpretativa. Así, por ejemplo, en relación a la «fuerza vinculante» del CCT, Blancas Bustamante y Boza Pro precisan que este término implica reconocer al CCT la calidad de «fuente del Derecho del Trabajo».

De esta forma, no cabe duda que la expresión «fuerza vinculante» denota el carácter normativo del CCT” (76).

Blancas Bustamante, citado por Toyama, expresa lo siguiente:

(76) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge . *El convenio colectivo de trabajo en la Constitución de 1993*. En *Themis*, Revista de Derecho. Lima, Asociación Civil Themis-Revista de Derecho, número 31, julio de 1995, pp. 224-225.

Sustituye, el nuevo texto, en cuanto a los efectos de la convención colectiva, la expresión «fuerza de ley entre las partes» - que tanta polémica y resistencia ha creado-, por la de «fuerza vinculante dentro del ámbito de lo concertado».

La doctrina admite que la «fuerza vinculante» de la convención colectiva equivale a reconocer su carácter normativo y no meramente contractual u obligacional, por lo que, desde este punto de vista, no se menoscaba su importancia y efectos como verdadera «fuente» del derecho laboral. Por otro lado, esta norma no sólo es tal para «las partes» sino que rige para el ámbito en que se concerta (empresa, rama, región, etc.), lo que reafirma su carácter normativo (77).

Quedan claras, luego de estas citas, dos cosas:

- La primera, que entre las fuentes citadas no existe ninguna que avale la expresión de que la negociación colectiva es ley entre las partes, como decía la Constitución de 1979 en un significativo error de expresión. Desde este punto de vista, la Constitución de 1993 ha hecho un cambio adecuado en la redacción de la norma.
- La segunda, que la expresión *fuerza vinculante* quiere decir, cuando menos, que tiene fuerza normativa. Esto es evidente porque no hace falta que la Constitución diga esto si sólo pretende que el contrato celebrado sea obligatorio: eso ya está dicho en el Derecho y no hace falta repetirlo. El carácter vinculante de la negociación colectiva quiere decir algo más que obligatoriedad de lo convenido y eso sólo puede ser el reconocimiento del carácter normativo que los resultados de la negociación colectiva producen.

El rango que tenga esta *fuerza vinculante* estará, probablemente, sometido a una ley de desarrollo constitucional, que es la que regula precisamente las convenciones colectivas (Decreto Ley 25593 del 02 de ju-

(77) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Los derechos laborales y la estabilidad del trabajo en la Constitución de 1993*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, pp. 106-107.

lio de 1992). Una cosa es evidente: desde que la ley de desarrollo constitucional establece el alcance de la fuerza vinculante de la negociación colectiva, entonces dicha fuerza vinculante estará por debajo del rango de ley. Así, quedará como muchas otras fuentes de normas jurídicas, en el plano de la competencia por razón de la materia y, por tanto, estará sometida a la ley, pero por encima de las resoluciones y decretos, que no podrán modificarla.

Fundamentamos esta afirmación en que la fuerza vinculante que recibe la negociación colectiva viene directamente de la Constitución, y en que según la octava disposición final: “Las disposiciones de la Constitución que lo requieren son materia de leyes de desarrollo constitucional”. Es por tanto evidente que el Poder Ejecutivo o los otros órganos que no son el Legislativo, no tienen competencia para emitir normas generales de desarrollo constitucional. De esta forma, la cadena de jerarquía es clara: la Constitución establece el principio, la ley lo desarrolla y la negociación colectiva es la fuente de las normas. Si los órganos que emiten decretos y resoluciones intervinieran aquí, lo harían sin competencia y, por consiguiente, sus disposiciones no podrán primar sobre las normas emanadas de la negociación colectiva.

Un tema de discusión más difícil y conflictivo es el de si los convenios colectivos pueden ser modificados por leyes posteriores, atendiendo a que el artículo 62 de la Constitución expresa: “[...] Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase [...]”.

Ricardo Marcenaro aborda así el problema:

Otro de los puntos polémicos que ha generado el nuevo texto constitucional es si el artículo 62 de la Constitución es aplicable a los convenios colectivos. Debemos fijar los efectos de dicho artículo. En éste se garantiza que los términos contractuales no puedan ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Por tanto, el efecto no es congelar las leyes vigentes al momento de celebrar el contrato. Sólo garantiza que los términos contractuales no sean modificados. Es decir, si una norma establecía

que determinado pacto era válido, una norma posterior que establecería su nulidad no le sería aplicable. Sin embargo, la sucesión normativa eliminaría la anterior norma. El efecto es doble. Si la norma derogada permitía además del pacto celebrado otras posibilidades que de igual modo la norma posterior elimina, dichas alternativas ya no son posibles de pactarse. El otro efecto es que el derecho objetivo se reduce al artículo 62 de la Constitución. Por ello, ya no existe la norma anterior. Sólo el contrato.

La pregunta que surge es si esto se aplicaría al convenio colectivo, y en qué forma. Debemos establecer si el convenio colectivo es un contrato. Como hemos dicho líneas arriba, el convenio colectivo suele escapar a dicha clasificación. El convenio colectivo es un contrato en cuanto acuerdo de voluntades que genera obligaciones a los firmantes (organización de trabajadores-empleador o grupo de éstos), pero es un hecho generador de normas jurídicas por otro. En tanto generador de normas jurídicas aplicable no a los firmantes sino a una colectividad impersonal y abstracta determinada por el nivel negocial y por la representatividad sindical de empleadores y trabajadores, no es un contrato, no le es de aplicación el artículo 62 (78).

Hay dos temas en los que discrepamos con Marcenaro en torno a este punto:

- El primero, que cuando el artículo 62 establece que el contrato es inmodificable por la nueva ley, en realidad sí se está aplicando la ley antigua. Si no ¿cómo puede un contrato contradecir la legislación vigente de orden público y mantener validez? La única explicación plausible es que la legislación derogada, por decisión constitucional, mantenga vigencia para dicho contrato más allá de su derogación. Se produce una aplicación ultraactiva de la ley y eso es mantenerla vigente.

(78) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, pp. 180-181.

- La segunda, más concretamente dirigida al tema, consiste en que el convenio colectivo es un contrato y es también un documento normativo. Pero es un contrato y de los que no cabe duda que caen en el contexto del artículo 62 porque tienen contenido patrimonial. Además, el origen de las normas de la convención colectiva no es precisamente una orden gubernamental, sino una negociación a la que ha seguido el acuerdo. En síntesis, por su origen, las normas que puedan haber en un convenio colectivo, son de naturaleza esencialmente contractual por su forma y su origen. Entonces no se ve claro cómo es que no deba aplicarse el artículo 62.

En relación a este mismo tema, dice Toyama:

Sobre las consecuencias de la aplicación de esta normativa, hay dos posiciones. Para De la Puente y Lavalle, el artículo 62 de la Constitución «constituye un regajo del liberalismo, incompatible con la moderna orientación que reconoce la función social del contrato».

De otro lado, para Olaechea, la referida disposición busca «asegurar la libertad individual» y «es acertado y debe mantenerse, sino peligra el propósito de cambio del régimen económico y social del país para darle estabilidad y seguridad necesarias (a los contratos)». Esta última posición es compartida por los economistas Boloña Behr y Gonzales Izquierdo.

Nosotros respaldamos la primera de las posiciones. El artículo 62 representaría un serio retroceso en la evolución jurídica del país. El referido dispositivo «congelar» los términos contractuales, desconociendo la realidad económica y social. Todo contrato no sólo está sometido a un orden público al momento de su celebración, sino durante toda su existencia, más aún teniendo en consideración, como bien apunta Stiglitz, que el orden público varía de acuerdo a las circunstancias que rodean determinadas coyunturas (79).

(79) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El convenio colectivo de trabajo en la*

Compartimos la posición de Toyama en cuanto al fondo del asunto: el artículo 62 solamente puede ser visto como un rezago ideológico liberal en el texto constitucional. Sin embargo, el comentario detallado lo hacemos en el lugar que corresponde a dicho numeral.

Sin embargo, al mismo tiempo pensamos que el artículo 62 es aplicable a las convenciones colectivas como contratos que son y a pesar de que puedan tener, como en efecto sucede, efectos normativos. El origen y la forma de la convención colectiva son consensuales y eso basta para que el artículo 62 sea aplicable.

Indudablemente, cosa distinta es decir que, cuando se hizo el artículo 62, no se tuvo en mente la negociación colectiva. Este fue un evidente error del constituyente porque, como lo muestran las decisiones de gobierno adoptadas en los últimos años, siempre uno de los objetivos de la política laboral fue desestructurar los beneficios que a lo largo de los años habían acumulado los trabajadores en pliegos de reclamos sucesivos. Si la negociación colectiva hubiera estado presente se hubiera hecho excepción en el artículo 62. Pero no se hizo y las normas han quedado como están: esas son las normas jurídicas que hay que aplicar.

Asunto distinto aunque vinculado consiste en saber si los convenios colectivos pueden modificar los contratos individuales de trabajo que los preexistan.

Toyama dice lo siguiente:

Creemos que el CCT puede modificar contratos individuales de trabajo. Herrera Vásquez y Neves Mujica señalan que el CCT encajaría en el supuesto establecido por la naturaleza normativa/contractual del CCT y la fórmula amplia empleada por el precepto constitucional (80).

-
- Constitución de 1993. En Themis, Revista de Derecho. Lima, Asociación Civil Themis-Revista de Derecho, número 31, julio de 1995, p. 227.*
- (80) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El convenio colectivo de trabajo en la Constitución de 1993. En Themis, Revista de Derecho. Lima, Asociación Civil Themis-Revista de Derecho, número 31, julio de 1995, p. 228.*

En realidad, nuestra opinión es que sí los modifica porque se trata de cláusulas obligatorias que emergen de la misma fuente: la declaración de voluntad. Nuevamente se presenta el problema de que la convención colectiva tiene alcances normativos mayores, como ya ha sido visto, pero ello no altera su origen contractual.

El argumento es simple: si el empleador pacta aplicar a todos sus trabajadores una nueva condición, está modificando su voluntad anterior y, con ello, está modificando los contratos que autorizó antes. No hay que olvidar que el principio de aplicación ultraactiva de las normas vigentes al momento del contrato es, en la mente de quienes propugnan tal idea, es un elemento de seguridad jurídica de las voluntades contratantes frente al Estado o, como se solía decir, frente al *acto de príncipe*. Sin embargo, la intangibilidad de los contratos nunca quiso decir que las partes contratantes no pudieran modificarlos (y en rigor nunca hubiera podido decirlo). Y eso es lo que ocurre con la negociación colectiva: son las voluntades las que transforman los contratos. En nuestra opinión, a la modificación de los contratos individuales por la negociación colectiva, no hay forma de aplicarle el artículo 62 porque los supuestos de éste son otros: la dación de una norma por la autoridad.

Por lo demás, la negociación colectiva también tiene reconocimiento en instrumentos internacionales. Ya en la introducción al comentario de este artículo mencionamos algunos. Aquí nos interesa destacar el artículo 4 del convenio 98 OIT:

“Convenio N. 98 OIT, artículo 4.- Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo».

También tiene reconocimiento la parte del inciso 2 que busca promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Dice el Convenio 151 de OIT:

“Convenio N.151 OIT, artículo 8.- La solución de los conflictos

que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados».

Las fórmulas son variadas y las posibilidades de elegir amplias. Lo importante es que las negociaciones colectivas sean lo más francas y pacíficas a la vez para que puedan conducir a una mayor armonía en la relación laboral y a soluciones más integrales y de más largo plazo.

Cabe indicar que el derecho a la negociación colectiva y a los demás detalles que aportan los instrumentos internacionales para regularlo, forman parte de los derechos constitucionales peruanos según la metodología que hemos utilizado y, por tanto, pueden ser protegidos con las garantías constitucionales establecidas. Sobre ello, sin embargo, Javier Neves tiene una acotación perspicaz:

En definitiva, creemos que sólo podría por acción de amparo tutelarse el núcleo del derecho a la negociación colectiva, idea muy próxima a la expuesta del «contenido esencial». En tal virtud, ejemplificando, la negativa del empleador a acatar su deber de negociar sí podría atacarse mediante una acción de amparo, pero no el incumplimiento de un punto secundario acordado en el convenio colectivo. Tendrá que tratarse, entonces, de una materia esencial al derecho, cuya violación podría a la vez infringirle un daño irreparable (81).

66.3. *El derecho de huelga*

El derecho de huelga está también garantizado en los instrumentos internacionales. Dice el Protocolo adicional a la Convención Americana

(81) NEVES MUJICA, Javier. *El derecho a la negociación colectiva en la jurisdicción constitucional peruana*. VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 7*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 91.

sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

“Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 8.-

1.- Los Estados Partes garantizarán:

[...]

b. El derecho a la huelga.

2.- El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstas sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley”.

El ejercicio del derecho de huelga es un fenómeno violento que no sólo afecta a los trabajadores y al empleador sino que, dependiendo del trabajo que se deja de hacer, también puede afectar a otras personas en mayor o menor grado. Si se trata de una fábrica de productos que tienen mucha competencia, el consumidor casi no se perjudicará, pero si se trata de una empresa de servicios públicos, el daño al usuario será muy grande. Por ello, siempre el derecho de huelga tiene limitaciones. Normalmente se le pone en los servicios esenciales (luz, agua, teléfonos, etc), pero el inciso 3 de este artículo tiene vocación de hacer un recorte más amplio. Dice Marcenaro sobre ello:

El párrafo comentado señala también que el Estado regula el derecho de huelga a fin de que se ejerza en armonía con el interés social. El derecho de huelga debe armonizar, estar en equilibrio, concordar con el interés social. La huelga responde a los intereses de determinados grupos humanos pero ésta no debe afectar otros intereses superiores que son materia del progreso y desarrollo de la sociedad o parte importante de ella. Algunos especialistas hubieran

preferido que esta limitación al derecho de huelga se circunscribiera específicamente a los casos de la huelga en servicios esenciales. Sin embargo, el Constituyente no ha querido limitarlo a esa posibilidad sino a todas aquellas situaciones en las que debe primar el interés social sobre intereses particulares o colectivos pero de ámbitos menores. El artículo analizado luego agrega, que el Estado señala las excepciones y limitaciones al derecho de huelga (82).

Ya hay ciertas prohibiciones en la propia Constitución para el ejercicio del derecho de huelga:

La propia Constitución indica los casos de excepción en los que está prohibido hacer huelgas:

- Los funcionarios del Estado con poder de decisión (art. 42).
- Los funcionarios del Estado que desempeñan cargos de confianza (art. 42).
- Los funcionarios del Estado que desempeñan cargos de dirección (art. 42).
- Los miembros de las Fuerzas Armadas (art. 42).
- Los miembros de la Policía Nacional (art. 42).
- Los Jueces (art. 153).
- Los Fiscales (art. 153) (83).

Asimismo, en el Perú están determinados los casos en los cuales la huelga será declarada ilegal y, en consecuencia, no podrá seguir adelante porque no asistir al trabajo, en ese caso, significará abandono de puesto que conlleva el despido por causa justa. Dice Marcenaro:

La Constitución también establece que el Estado señalará las limitaciones al derecho de huelga. Así la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (D.L. 25593) regula los casos en los que la paralización de labores colectivas será declarada ilegal:

(82) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 185.

(83) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 186.

- Cuando se materializa no obstante haber sido declarada improcedente.
- Por haberse producido como consecuencia de ella, violencia sobre personas o bienes.
- Por paralizaciones intempestivas
- Por paralizaciones de zonas secciones neurálgicas.
- Por trabajo a desgano.
- Por trabajo a ritmo lento.
- Por trabajo a reglamento.
- Por reducción deliberada del rendimiento.
- Por paralización con permanencia en el centro de trabajo.
- Por obstrucción de ingreso al centro de trabajo.
- Cuando paralizan aquellas labores indispensables para la empresa que ponen en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impiden la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga.
- Cuando se afecten servicios públicos esenciales y no cumplan los trabajadores en conflicto con garantizar la permanencia del personal indispensable para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de las actividades que así lo exijan (84).

(84) MARCENARO FRERS, Ricardo . *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 186-187.

O'Donnell nos da la versión del reconocimiento de la huelga como un derecho no absoluto en el contexto internacional:

La doctrina de la OIT reconoce que el derecho a la huelga no es absoluto, y que son compatibles con él las restricciones razonables que no constituyan una limitación sustancial a la libertad de acción de un sindicato, tales como la prohibición de efectuar huelgas durante la vigencia de un contrato colectivo, o la obligación de noticia previa sobre la intención de realizar una huelga. Tampoco atenta contra ese derecho, según la doctrina, la prohibición de realizar huelgas por trabajadores de servicios esenciales, como de la salud, siempre que tengan otros recursos ágiles y efectivos para defender sus intereses, como un procedimiento de arbitraje imparcial y vinculante para ambas partes en la negociación.

Si bien la libertad sindical no incluye las «huelgas de carácter puramente político», el Comité de Libertad Sindical ha subrayado que «los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defiendan mediante el derecho de huelga, abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo ... sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social... que interesan directamente a los trabajadores» (85).

De manera que podemos concluir diciendo que la huelga es un derecho reconocido nacional e internacionalmente y que por consiguiente tiene rango constitucional y está protegido por las garantías constitucionales. Sin embargo, tiene ciertos límites: debe ser ejercido en armonía con el interés social; está prohibido para ciertas personas que ejercen funciones incompatibles con ella según la propia Constitución, y puede ser declarada ilegal.

(85) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 271.

67. Artículo 29

«Artículo 29.- El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Correspondiente a su modernidad, la norma sobre participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas, aparece en la Constitución de 1933:

“Constitución de 1933, artículo 45.- El Estado favorecerá un régimen de participación de los empleados y trabajadores en los beneficios de las empresas, y legislará sobre los demás aspectos de las relaciones entre aquéllos y éstas, y sobre la defensa de los empleados y trabajadores en general”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 que antecede a la que comentamos es la siguiente:

“Artículo 56.- El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa, de acuerdo con la modalidad de ésta.

La participación de los trabajadores se extiende a la propiedad en las empresas cuya naturaleza jurídica no lo impide”.

En los términos generales que corresponde normar a las Constituciones, tanto la de 1979 como la de 1993 reconocen, con redacciones distintas, lo esencial del derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa.

La diferencia está en que la Constitución de 1979 reconocía expresamente la participación en la gestión de la empresa por los trabajadores, y también la participación en la propiedad cuando la naturaleza de la em-

presa no lo impedía. En cambio , la de 1993 establece una norma más genérica en el sentido de que el Estado *promueve otras formas de participación*. No excluye, por consiguiente, la participación en la gestión y en la propiedad, pero no las consagra, como sí lo hacía la anterior.

Análisis exegético

La participación del trabajador en las utilidades de la empresa es un asunto de estricta justicia porque con su trabajo contribuye decisivamente a producirlas.

A principios de los años setenta se estableció un sistema consistente en una combinación de participación en la propiedad de la empresa y participación en las utilidades, a través de las diversas comunidades laborales. Estas fueron finalmente liquidadas a principios de los noventa mediante el Decreto Legislativo 677 del 02 de octubre de 1991 y, en su sustitución, se estableció un mecanismo de participación en un porcentaje de las utilidades consideradas renta imponible por la legislación tributaria.

El sistema ha sido redefinido mediante el Decreto Legislativo 892, promulgado el 08 de noviembre de 1996 y cuyo artículo 2 establece:

“Decreto Legislativo 892, artículo 2.- Los trabajadores de las empresas comprendidas en el presente Decreto Legislativo participan en las utilidades de la empresa, mediante la distribución por parte de ésta de un porcentaje de la renta anual antes de impuestos. El porcentaje referido es como sigue:

Empresas Pesqueras 10%

Empresas de Telecomunicaciones 10%

Empresas Mineras 8%

Empresas de comercio al por mayor y al por menor y restaurantes 8%

Empresas que realizan otras actividades 5%”.

Según el mismo Decreto Legislativo, tienen derecho a participar plenamente los trabajadores de jornada máxima, estén con contrato a plazo indefinido o no. Los trabajadores con jornada reducida participarán proporcionalmente.

La participación será pagada dentro de los treinta días naturales siguientes al vencimiento del plazo señalado por las disposiciones legales, para la presentación de la Declaración Jurada anual de impuesto a la renta.

El artículo constitucional manda que haya participación en las utilidades, y establece que también el Estado promueve otras formas de participación. Esta es una referencia eufemística al derecho de propiedad sobre la empresa y a la gestión, que fueron cancelados en 1991 al desaparecer las Comunidades Laborales, como hemos visto.

De acuerdo a este dispositivo, el Estado podrá o no establecer un sistema de participación en propiedad en el futuro. Ambas alternativas son constitucionalmente posibles. Sin embargo, Ricardo Marcenaro, influyente congresista en la elaboración de esta parte de la Constitución dice:

En consecuencia, el Constituyente asume actitud moderada al no obligar a las empresas a otorgar participación en la gestión y propiedad. El artículo 29 al indicar que el Estado promueve otras formas de participación está indicando que los propiciará pero que no son un mandato constitucional. En el futuro podrá establecerse la participación en la gestión y en la propiedad de las empresas por convenio colectivo. Consideramos que esta es la manera más adecuada de conceder dichas participaciones, es decir, mediante la voluntad de empleadores y trabajadores. El Estado, en consecuencia, promoverá esas formas de participación que la Constitución permite, pero no debe imponerlas sino propiciar que sean producto de la voluntad de las partes (86).

Esta, en todo caso, es una opción política constitucionalmente correcta, pero no la única posible. En el futuro otros gobiernos podrán intentar un sistema distinto, inducido desde la ley, y que sea igualmente válido desde el punto de vista constitucional.

(86) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Cultural Cuzco S.A. editores, 1995, p. 198.

TITULO I

CAPITULO III

DERECHOS POLITICOS Y DEBERES

68. TITULO I, CAPITULO III: DERECHOS POLITICOS Y DEBERES

Los derechos políticos pueden ser sintetizados en los de participar en los procesos electorales de diverso tipo que ocurren en las sociedades contemporáneas, particularmente en aquellos destinados a elegir representantes al gobierno, y en participar en organizaciones políticas que busquen el poder a través de la actuación política en la sociedad. En otras palabras, los derechos políticos están vinculados a la adquisición y al ejercicio del poder político.

La idea de que el ser humano tiene derechos políticos existió en la antigüedad clásica. El *populus romanus quirites* que es la sociedad política romana, consiste precisamente en el conjunto de ciudadanos que ejercen derechos políticos en Roma.

En el mundo moderno, los derechos políticos empiezan a ser reconocidos, aunque limitadamente, a partir de fines del siglo XVIII, según tiempos y lugares.

El primer derecho en ser reconocido es el de voto para elegir representantes. Hay que notar, sin embargo, que la marcha que la humanidad, y pueblos como el peruano han hecho hacia el voto universal, ha sido accidentada, larga y de reciente consolidación. Baste recordar que las mujeres no tuvieron voto en elecciones generales en el Perú sino a partir de la elección de 1956, y que los analfabetos (aproximadamente dos mi-

llones de ciudadanos en 1980), fueron incorporados al voto precisamente en este último año citado.

El derecho al voto universal, por tanto, ha ido variando en el Perú y sus últimos y decisivos avances han ocurrido no hace mucho.

La otra parte de los derechos políticos es la referente a la participación en organizaciones, particularmente en partidos políticos. Hoy está consagrada en la vida política y también en la Constitución. Sin embargo, durante buena parte del siglo XIX y aún del XX, la idea de un partido político había sido cuestionada e, inclusive, perseguida. En el Perú, es a partir de 1930 que los partidos políticos empiezan a ser propiamente tales. La reacción inicial de los sectores dominantes, cuando estas aventuras partidarias se iniciaron, fue la de reprimir e ilegalizar a los partidos. Fue una decisión que se impuso hasta mediados de los años cincuenta. A partir de allí, y con mucha fuerza luego de la ley 14250, los partidos fueron legalizados y ocuparon un lugar central en la vida política nacional. El gobierno del general Velasco intentó hacerlos caducar pero no lo logró. A partir de fines de los años ochenta, los partidos políticos peruanos han entrado en una profunda y generalizada crisis de la que aún no se han recuperado. Esto ha permitido al Presidente Fujimori, infringirles las más duras derrotas electorales que hayan visto en su historia.

De todas formas, el proceso constitucional peruano muestra una consolidación de las formas democráticas, no sólo por el proceso interno nacional, sino también por el compromiso que, con la democracia representativa, tiene asumido la comunidad internacional. Las peripecias del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 mostraron, tanto que la democracia es delicada y puede ser atacada, como que los gobiernos de facto no tienen el ambiente que antaño les permitía subsistir con facilidad y extensión en el tiempo. Estos son aspectos positivos que deben ser destacados en una apreciación general de los derechos políticos y en el Perú.

Adicionalmente, la Constitución de 1993 establece el derecho de los ciudadanos a participar en asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Ninguna de estas figuras había sido considerada en términos genéricos en la Constitución de 1979, salvo el referéndum en caso de la demarcación regional (artículo 260) y la iniciativa legislativa popular en materia de reforma constitucional (artículo 306).

Los cambios constitucionales entre la Carta vigente y la de 1979 son, en síntesis, los siguientes:

- La Constitución de 1993 ha incorporado a los derechos de participación ciudadana anteriores, el referéndum, la iniciativa legislativa, la remoción o revocación de autoridades y la demanda a ellas de rendición de cuentas. Son formas de la democracia directa que por primera vez ingresan en nuestro sistema constitucional como normas generales. Sólo el referéndum tenía en la Constitución de 1979 una aplicación restringida en referencia al cambio de pertenencia territorial en las regiones. Desde luego, la evaluación del alcance real de estas instituciones en el todo de la Constitución, así como su aplicación práctica, tienen que ser analizados y debatidos, en especial observando la ley que las desarrolla. Esto se hace en la parte exegética correspondiente. Sin embargo, es indudablemente un avance haber incorporado instituciones de democracia directa a nuestro sistema constitucional.
- El tratamiento que la Constitución de 1993 da a los partidos políticos es menos generoso que el que les otorgaba la Constitución de 1979 y aquí existe, indudablemente, un elemento ideológico y también de lucha política presente: la mayoría del Congreso Constituyente perteneció a las filas de Nueva Mayoría-Cambio 90, la alianza que respaldaba al Presidente Fujimori, quien irrumpió en la vida política, precisamente, enfrentado frontalmente a los partidos políticos. Trato menos generoso, quiere decir que se les ha disminuido en las declaraciones pero en caso alguno que se haya recortado la libertad de afiliación a los partidos y de su actuación en política.

Dos normas positivas dentro de la regulación constitucional de los partidos por la Constitución de 1993, son que deben regirse por principios de funcionamiento democrático y, también, que debe existir transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos. Son normas que debieran quedar desarrolladas en una ley *ad hoc* para que las organizaciones políticas se fortalezcan. Esto último es muy importante porque sin ello, la democracia siempre tendrá debilidades.

También este capítulo es el de los deberes. Aquí la simplificación

por la Constitución de 1993 nos parece exagerada y perjudicial porque siempre el texto constitucional tiene un carácter educativo para el estudiante, para el ciudadano en general. Que los deberes esenciales consten en la letra de la Constitución es una ayuda a la formación cívica, aunque como es obvio no resulta en caso alguno determinante.

La Constitución de 1993 ha recogido parcialmente los deberes que establecía la Constitución de 1979 en su artículo 38. Sin embargo, ha dejado fuera otros deberes que estimamos sería importante figuren en ella:

- El deber de vivir pacíficamente, con respeto a los derechos de los demás; y de contribuir a la afirmación de una sociedad justa, fraterna y solidaria, que establecía el artículo 72 de la Constitución de 1979. La de 1993 ha incorporado en su texto, ya lo dijimos, el derecho a la paz en su artículo 2 inciso 22, pero el sentido de una norma como la que hemos citado es distinto: no sólo se trata de un derecho, sino del deber social correlativo. Por otro lado, y tal vez en base a razones puramente ideológicas correspondientes al neoliberalismo, se ha borrado de la Constitución toda mención a la solidaridad social. Es un error porque la solidaridad es un principio válido por sí mismo, perfectamente armonizable con el desarrollo y con la validez del individuo en sí mismo, y sobre todo porque existe en la vida cotidiana de la sociedad y debe ser reconocido. La solidaridad tendría que reencontrar su lugar en la Constitución peruana.
- En la parte final del artículo 75 de la Constitución de 1979 se establecía que todos los ciudadanos tienen el deber de participar en el quehacer nacional. Esta participación fortalece los vínculos sociales y políticos y tonifica a la democracia. En un país en el que muchos piensan que el interés por la cosa pública está envenenado de protagonismo, de malos propósitos, de intereses desmedidos, establecer el deber de participar es muy importante. (Este mismo artículo establecía el deber de sufragar que, sin embargo, está ya considerado en el principio del voto obligatorio).
- También por un sesgo ideológico neoliberal, la importancia del trabajo para la construcción del bienestar general y para el desarrollo personal, ha sido dejada de mencionar en la Constitución. Proba-

blemente, el constituyente pensó que con ello restablecía un equilibrio perdido entre el trabajo y el capital. Es un error que no toma en cuenta que las mismas fuentes liberales de la economía consideraron al trabajo como el eje de la producción de la riqueza. Debiera restablecerse una declaración en el sentido de que el deber de trabajar contribuye a estos dos aspectos positivos: el bienestar general y el desarrollo personal.

- El artículo 77 de la Constitución de 1979 establecía el deber de pagar los tributos y sostener los servicios públicos. Ahora que se hace un verdadero esfuerzo por lograrlo, sería más útil aún que la norma figurara entre los deberes.
- Finalmente, el artículo 78 de la Constitución de 1979 establecía la obligación del servicio militar. Mientras esta institución siga vigente en el Perú sería conveniente darle fuerza constitucional porque, después de todo, no es sino un recorte a la libertad individual también establecida constitucionalmente. Sin embargo, es cierto que el servicio militar obligatorio está cediendo terreno en muchos lugares del mundo, en los que se prefiere cada vez más que las fuerzas armadas y la policía sean instituciones puramente profesionales. Tal vez en previsión de su futura eliminación la norma haya sido borrada de la Constitución de 1993. En cualquier caso, sería bueno adoptar una decisión final al respecto.

69. Artículo 30

«Artículo 30.- Son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere la inscripción electoral.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El tema de la ciudadanía fue consustancial al tratamiento constitucional en todo momento del Perú republicano. Por ello, no existe Constitución que no lo haya abordado. Desde la Constitución de 1823 hasta la de 1860, se exigió siempre algún requisito de los que se llaman

censitarios para ser ciudadano. El de ser alfabeto estuvo ya en el artículo 17 de la Constitución de 1823, pero se le iba a hacer entrar en vigor a partir del año 1840 (ver el inciso 3 de la norma indicada); fue utilizado alternativamente al voto censitario a partir de la Constitución de 1856 y, finalmente, se impuso como factor determinante y único a partir de 1895. Las normas sobre la edad a la que se adquiriría la ciudadanía variaron a lo largo de la historia. El requisito de ser ciudadano para acceder a los cargos públicos ha sido una exigencia continua en las Constituciones peruanas. Las mujeres adquirieron el derecho de ciudadanía a mediados del siglo XX, con la expedición de la ley 12391.

Las normas de nuestra primera Constitución establecieron lo siguiente:

“Constitución de 1823, artículo 17.- Para ser ciudadano es necesario:

- 1.- Ser peruano.
- 2.- Ser casado, o mayor de veinticinco años.
- 3.- Saber leer y escribir, cuya calidad no se exigirá hasta después del año de 1840.
- 4.- Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero”.

“Constitución de 1823, artículo 22.- Solo la ciudadanía abre la puerta á los empleos, cargos ó destinos de la República, y da el derecho de elección en los casos prefijados por la ley. Esta disposición no obsta para que los Peruanos que aún no hayan comenzado a ejercer la ciudadanía, puedan ser admitidos a los empleos; que por otra parte no exijan edad legal”.

La Constitución de 1826 comienza estableciendo una diferencia entre los derechos políticos y los derechos civiles, para luego establecer los requisitos de la ciudadanía. En su artículo 15 otorga también la ciudadanía a extranjeros vinculados de distinta manera a la patria.

“Constitución de 1826, artículo 13.- Los Peruanos que estén privados del ejercicio del poder electoral, gozarán de todos los derechos civiles concedidos a los ciudadanos”.

“Constitución de 1826, artículo 14.- Para ser ciudadano es necesario:

- 1.- Ser Peruano.
- 2.- Ser casado, ó mayor de veinticinco años.
- 3.- Saber leer y escribir.
- 4.- Tener algún empleo ó industria, ó profesar alguna ciencia ó arte, sin sujeción a otro en clase de sirviente doméstico”.

“Constitución de 1826, artículo 15.- Son ciudadanos:

- 1.- Los libertadores de la República. (artículo 11, 3)
- 2.- Los extranjeros que obtuvieren carta de ciudadanía.
- 3.- Los extranjeros casados con peruana, que reúnan las condiciones 3 y 4 del artículo 13.

“Constitución de 1826, artículo 17.- Solo los que sean ciudadanos en ejercicio, pueden obtener empleos y cargos públicos”.

La Constitución de 1834 tuvo como originalidad la de dictar una norma sobre aquellos peruanos que hubieren perdido la nacionalidad. Dijo:

“Constitución de 1834, artículo 6.- Los que han perdido la ciudadanía pueden ser rehabilitados por el Congreso, motivando la impetración de la gracia”.

Haciendo referencia a los artículos 5 y 6 de su texto, el artículo 7 de la constitución de 1839 establece normas detalladas sobre la vinculación entre nacionalidad y ciudadanía. Dice lo siguiente:

“Constitución de 1839, artículo 5.- Son Peruanos por nacimiento:

- 1.- Los hombres libres nacidos en el territorio del Perú.
- 2.- Los nacidos en país extranjero de padres peruanos que estén al servicio de la nación.
- 3.- Los hijos de padre ó madre peruanos nacidos en el extranjero, siempre que desde el lugar de su residencia los manden inscribir en el registro cívico de la capital de la República”.

“Constitución de 1839, artículo 6.- Son Peruanos por naturalización:

- 1.- Los extranjeros admitidos al servicio de la República, conforme al artículo 88, restricción 5 de esta Constitución.
- 2.- Los extranjeros que hayan servido fielmente en el ejército ó armada.
- 3.- Los extranjeros avecindados en el territorio antes del año veinte, inscritos en el registro cívico.
- 4.- Los extranjeros establecidos posteriormente que siendo profesores de alguna ciencia, arte ó industria útil, y teniendo cuatro años de residencia, se inscriban en el registro cívico ó se casen con Peruana.
- 5.- Los Españoles desde que manifiesten su voluntad de domiciliarse en el país y se inscriban en el registro cívico.
- 6.- Los que son ciudadanos por nacimiento en las demás Repúblicas hispano-americanas, inscribiéndose en el registro cívico”.

“Constitución de 1839, artículo 7.- Son ciudadanos los Peruanos de que hablan los dos artículos anteriores”.

“Constitución de 1839, artículo 8.- Para ser ciudadano en ejercicio se requiere:

- 1.- Ser casado, ó mayor de veinticinco años.
- 2.- Saber leer y escribir, excepto los indígenas y mestizos; hasta el año de 1844, en las poblaciones donde no hubiere escuelas de instrucción primaria.
- 3.- Pagar alguna contribución, no estando exceptuado por la ley.

“Constitución de 1839, artículo 11.- Los que han perdido la ciudadanía, a no ser por profesión religiosa, ó por traición a la patria, pueden ser rehabilitados por el Congreso, motivando legalmente la impetración de la gracia”.

La Constitución de 1856 hace equivalentes la condición de ciudadano y el derecho de ejercitar los derechos políticos. Establece que para poder ejercitar la ciudadanía se requiere o bien ser alfabeto, o bien tener cierta condición económica y manda claramente el sufragio directo:

“Constitución de 1856, artículo 36.- Son ciudadanos ó se hallan en

ejercicio de los derechos políticos, los Peruanos varones mayores de veintiún años, y los casados, aunque no hayan llegado a esta edad”.

“Constitución de 1856, artículo 37.- El sufragio popular es directo: lo ejercen los ciudadanos que saben leer y escribir, ó son jefes de taller, ó tienen una propiedad raíz, ó se han retirado, conforme a la ley, después de haber servido en el ejército ó armada”.

“Constitución de 1856, artículo 38.- Todos los ciudadanos pueden optar empleos públicos, siempre que reúnan las calidades especiales que la ley exija para cada cargo”.

Lo esencial de la Constitución de 1860 y de la de 1867, estuvo ya dicho en la Constitución de 1856. Sin embargo, durante la vigencia de la primera de ellas, en 1995, se dictó una norma por la cual se cambió del voto censitario (vigente durante toda la República hasta esa fecha), al voto capacitario que nos acompañaría hasta 1980.

“Constitución de 1860, artículo 37.- Son ciudadanos en ejercicio, los peruanos mayores de veintiún años, y los casados, aunque no hayan llegado a dicha edad”.

“Constitución de 1860, artículo 38.- Ejercen el derecho de sufragio, todos los ciudadanos que saben leer y escribir, ó son jefes de taller, ó tienen alguna propiedad raíz, ó pagan al Tesoro Público alguna contribución.

El ejercicio de este derecho será arreglado por una ley”.

Luego fue modificado por ley del 12 de Noviembre de 1895, quedando con la siguiente redacción:

“Constitución de 1860, artículo 38.- Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos en ejercicio que saben leer y escribir».

“Constitución de 1860, artículo 39.- Todo ciudadano puede obtener cualquier cargo público, con tal que reúna las calidades que exija la ley”.

“Constitución de 1867, artículo 38.- Son ciudadanos en ejercicio los peruanos mayores de veintiún años y los emancipados”.

“Constitución de 1867, artículo 40.- Todo ciudadano puede obtener cualquier cargo público con tal que reúna las calidades que exija la ley”.

La Constitución de 1920 fue escueta y no varió las reglas de juego que ya venían rigiendo al momento de su aprobación:

“Constitución de 1920, artículo 62.- Son ciudadanos en ejercicio, los peruanos mayores de veintiún años y los casados, aunque no hayan llegado a dicha edad”.

Finalmente, el texto original de la Constitución de 1933 decía lo siguiente:

“Constitución de 1933, artículo 84.- Son ciudadanos los peruanos varones mayores de edad, los casados mayores de dieciocho años y los emancipados”.

La norma fue modificada por la ley 12391 que reconoció la ciudadanía a las mujeres y, por otro lado, estableció modificaciones al artículo 88 de la Constitución, que contuvo, así, normas sobre la regulación del derecho a voto de los ciudadanos y sobre el régimen de otorgamiento de representación (incluyendo a las minorías y con tendencia a la proporcionalidad):

«Artículo 84.- Son ciudadanos los peruanos varones y mujeres mayores de edad, los casados mayores de 18 años y los emancipados».

El texto del artículo 88 de la Constitución de 1933 tal como fue redactado por la modificación introducida por la ley 12391 es el siguiente:

“Constitución de 1933, artículo 88.- El Poder Electoral es autónomo. El Registro es permanente. La inscripción y el voto son obligatorios para los varones hasta la edad de sesenta años, y facultativos para los mayores de esta edad.

El voto es secreto.

El sistema de elecciones dará representación a las minorías con tendencia a la proporcionalidad”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1993 precedente a éste que comentamos es el siguiente:

“Artículo 65.- Son ciudadanos los peruanos mayores de dieciocho años. Para el ejercicio de la ciudadanía se requiere estar inscrito en el Registro Electoral [...]”.

Como puede apreciarse, ambos textos son prácticamente idénticos. En cualquier caso, el sentido normativo es el mismo.

Análisis exegético

El artículo se refiere a la *ciudadanía*, su obtención y el requisito de la inscripción electoral para su ejercicio. El artículo 31 detalla después la forma cómo se ejerce. Respetaremos el orden establecido en el texto constitucional para este comentario.

Quando hablamos de *ciudadanía* y de *ciudadano*, tenemos que diferenciar dos ámbitos de conceptos. Por un lado, las vinculaciones y diferencias entre ciudadanía y nacionalidad; por otro, las diferencias y vinculaciones entre ciudadano y ser humano (o persona). De esta última diferencia emergerán dos pares adicionales de conceptos a vincular y diferenciar: ciudadanía y personalidad jurídica; y, ciudadanía y plena capacidad de ejercicio de los derechos civiles.

La *ciudadanía* es un vínculo político entre un ser humano y un Estado, mediante el cual dicho ciudadano forma parte de la comunidad política, es decir, del pueblo del Estado y, en consecuencia, puede ejercitar derechos políticos dentro de él. El *ciudadano* es el ser humano que tiene ciudadanía.

La ciudadanía es un vínculo político porque permite ejercitar derechos políticos, es decir, los que se refieren al manejo del poder del Estado y a la toma de decisiones de sus órganos. Por el hecho de participar del poder, el ciudadano forma parte del *pueblo* del Estado. El concepto de *pueblo* es aquí eminentemente político, no sociológico, y equivale a decir el agregado de personas con capacidad de decisión en asuntos polí-

ticos. Aludimos a pueblo como uno de los elementos tradicionales del Estado: pueblo, poder o autoridad común y territorio.

Los conceptos de ciudadanía y de ciudadano sólo fueron posibles a la humanidad cuando se reconoció la igualdad básica de todos y se la formalizó como igualdad ante la ley, pues sólo en ese caso puede el pueblo tomar decisiones políticas por sí mismo: cuando se reconoce diferencias entre sí a las personas, generalmente se excluye de las decisiones a un grupo, que puede ser más o menos amplio. En este caso, que típicamente en la historia es el del gobierno aristocrático, ya no todos toman las decisiones y por consiguiente, no participan del cuerpo político. Igualdad y ciudadanía son conceptos concomitantes e indisolublemente unidos.

A partir de aquí, podemos tratar las tres vinculaciones y diferencias anunciadas:

- Ciudadano y persona.

El concepto de *persona* tiene dos acepciones en el Derecho: una es la *persona natural* que es el ser humano entre su nacimiento (Código Civil, artículo 1) y su muerte (Código Civil, artículo 61). La otra es la de *persona jurídica* que es aquella institución conformada por otras personas (naturales o jurídicas) y que cumple con los requisitos de ley para iniciar su existencia.

Ninguna persona jurídica es ciudadano y no todas las personas llegan a serlo: los extranjeros no tendrán ciudadanía (salvo una forma restringida para las elecciones municipales en las que, cumpliendo ciertos requisitos, pueden elegir y también ser elegidos). Los menores de dieciocho años tampoco. Estas son las diferencias.

La vinculación evidente es que sólo será ciudadano una persona natural, es decir, un ser humano.

- Ciudadanía y nacionalidad.

La nacionalidad es un vínculo jurídico entre una persona natural y un Estado, en virtud del cual dicho ser humano es reconocido como miembro de la comunidad de personas que pertenecen a él.

La nacionalidad es fuente de multitud de derechos que el Estado reconoce, y en muchos casos debe, a sus nacionales: el derecho a residir y permanecer en el territorio; el de no ser expatriado sino por sentencia en debido proceso; el de obtener documentos de identidad; el de acceder a los servicios que las dependencias estatales prestan; el de recibir educación; el de trabajar, etc.

No todo nacional es ciudadano: para comenzar, los nacionales peruanos menores de dieciocho años todavía no son ciudadanos y esto divide al Perú, gruesamente hablando, en dos mitades numéricamente bastante similares entre sí. Por consiguiente, no es lo mismo ser nacional que ciudadano.

La vinculación consiste en que, salvo excepciones como las elecciones municipales antes mencionadas, sólo los nacionales tienen la posibilidad de llegar a ser ciudadanos.

Dice O'Donnell:

“Del texto del Pacto se desprenden dos excepciones al principio de igualdad entre la nacional y el extranjero: el consagrar los derechos políticos y el derecho a ingresar y establecer residencia en un país como derechos privativos de sus nacionales”(87).

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dice:

“Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo XXXVIII.- Toda persona tiene el deber de no intervenir en las actividades políticas que, de conformidad con la Ley, sean privativas de los ciudadanos del Estado en que sea extranjero».

Es claro que la ciudadanía y nacionalidad son asuntos bastante distintos uno del otro, aunque tienen la confluencia antedicha: sólo los nacionales pueden llegar a tener plena ciudadanía en un Estado.

(87) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 386.

- Ciudadanía y personalidad jurídica.

La personalidad jurídica es la capacidad de tener derechos y deberes en tanto que la ciudadanía consiste en la capacidad de poder ejercitar derechos políticos.

La diferencia entre ambos conceptos es de género a especie: la personalidad jurídica es el género y la ciudadanía una especie. La personalidad jurídica permite el ejercicio de todos los derechos en tanto que la ciudadanía sólo el ejercicio de los derechos políticos.

Sin personalidad jurídica no se podrá tener la ciudadanía. Con ella, sin embargo, no se es necesariamente ciudadano: los menores de dieciocho años y los extranjeros tienen personalidad pero no ciudadanía.

- Ciudadanía y plena capacidad de ejercicio de los derechos civiles.

Los dos conceptos tienen en común lo siguiente: en primer lugar la edad requisito pues la regla general en el caso de la plena capacidad de ejercicio civil es que se alcanza a los dieciocho años (Código Civil, artículo 42). Lo propio sucede en el artículo 30 de la Constitución para la adquisición de la ciudadanía. En segundo lugar, tienen en común el hecho de que ambas permiten ejercitar derechos por sí mismo: la capacidad civil los derechos civiles y la ciudadanía los políticos.

Desde luego, también tienen en común que para ejercer la ciudadanía hay que tener capacidad de ejercicio civil. Cuando la persona es interdictada (esto es, se le quita su capacidad de ejercicio), se suspende la ciudadanía según el inciso 1 del artículo 33 de la Constitución.

La diferencia es también significativa: los derechos que se adquieren con la capacidad civil no son los políticos. Un extranjero mayor de edad puede tener derechos civiles pero no políticos en el Perú. De otro lado, la plena capacidad de ejercicio civil se puede obtener desde los catorce años cuando la mujer se casa, y desde los dieciséis cuando el varón se casa o cuando ambos sexos obtienen un tí-

tulo oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio (Código Civil, artículo 46). En el caso de la ciudadanía, el requisito establecido en el artículo que comentamos es el de tener dieciocho años.

El segundo requisito del artículo 30 consiste en que se requiere inscripción electoral para el ejercicio de la ciudadanía. La inscripción electoral se realiza en el padrón electoral de que trata el artículo 183 de la Constitución, a cargo del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Producida la inscripción en él, se entrega al ciudadano la libreta electoral, que es el documento que prueba su ciudadanía.

En los instrumentos internacionales, hay un énfasis especial en el reconocimiento de ciudadanía a la mujer. Dice la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer:

«Convención interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer, firmada en Bogotá el 2 de mayo de 1948. artículo 1.- Las Altas Partes Contratantes convienen en que el derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones de sexo».

“Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 7.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a:

- a) Votar en todas las elecciones y referéndum públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;
- b) participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;
- c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupan de la vida pública y política del país».

“Convención sobre los derechos políticos de la Mujer, artículo I.- Las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna».

« Convención sobre los derechos políticos de la Mujer, artículo II.- Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna».

En el Perú actual las mujeres tienen iguales derechos políticos formales que los varones, pero ello ocurre comparativamente desde hace muy poco: hasta el año 1933 las mujeres no tenían derechos políticos. Ese año se les reconoció el de votar en las elecciones municipales y fue recién en 1956 que se estableció el voto para todas las mujeres en igualdad de condiciones que los varones. Hay que recordar que entonces no acabó estrictamente hablando la discriminación real frente a los derechos políticos de las mujeres: hasta 1979 sólo votaban los alfabetos y una parte mayoritaria de la población analfabeta era de mujeres.

En realidad, entonces, vista la evolución política integral de la ciudadanía en el Perú, es recién en 1980 que ella se establece plenamente, tanto para varones como para mujeres al eliminarse el requisito capacitario del voto alfabeto.

La Constitución tiene recortes al derecho de ciudadanía en los artículos 33 y 34 pero no corresponde analizarlos aquí, sino en su respectivo lugar.

70. Artículo 31

«Artículo 31.- Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum: iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación.

Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil.

El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad.

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”.

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Como el tema de la ciudadanía, el de la participación ciudadana en la democracia también fue trascendental para el Perú republicano y apareció en todas las Constituciones. Hasta la Constitución de 1839, el sistema electoral preveía la conformación de un colegio de electores, elegido por los ciudadanos, que era el encargado de elegir a los representantes ante los órganos del Estado. Constituciones como la de 1826 lo regularon muy detalladamente. A partir de la Constitución de 1856 se establece la regla del sufragio directo para elegir representantes.

La Constitución de 1823 estableció la indelegabilidad de la atribución electoral del ciudadano. Sus normas fueron las siguientes:

“Constitución de 1823, artículo 30.- Tocando a la nación hacer sus leyes por medio de sus representantes en Congreso, todos los ciudadanos deben concurrir a la elección de ellos, en el modo que reglamente la ley de elecciones, conforme a los principios que aquí se establecen. Esta es la única función del poder nacional que se puede ejercitar sin delegarla”.

La Constitución de 1826 estableció un detallado sistema de democracia indirecta en su texto. Las normas dijeron:

“Constitución de 1826, artículo 20.- El poder electoral lo ejercen inmediatamente los ciudadanos en ejercicio, nombrando por cada cien ciudadanos un elector”.

“Constitución de 1826, artículo 21.- El ejercicio del poder electoral no podrá jamás ser suspenso; y los magistrados civiles, sin esperar orden alguna, deben convocar al pueblo, precisamente en el período señalado por la ley”.

“Constitución de 1826, artículo 22.- Una ley especial detallará el reglamento de elecciones”.

“Constitución de 1826, artículo 23.- El cuerpo electoral se compone de los electores nombrados por los ciudadanos sufragantes”.

“Constitución de 1826, artículo 24.- Reunidos los electores en la capital de la provincia, nombrarán a pluralidad de votos, un presidente, dos escrutadores, y un secretario de su seno: estos desempeñarán su cargo por todo el tiempo de la duración del cuerpo”.

“Constitución de 1826, artículo 25.- Cada cuerpo electoral durará cuatro años; al cabo de los cuales cesará, dejando instalado al que le suceda”.

“Constitución de 1826, artículo 26.- Los electores se reunirán todos los años en los días 2, 3, 4, 5 y 6 de Enero para ejercer las atribuciones siguientes:

- 1.- Calificar a los ciudadanos que entren en el ejercicio de sus derechos, y suspender a aquellos que estén en los casos de los artículos 18 y 19.
- 2.- Nombrar los miembros de las Cámaras, por la primera vez.
- 3.- Proponer una lista de candidatos: 1.- a las Cámaras respectivas de los miembros que han de llenar sus vacantes: 2.- al Poder Ejecutivo de los individuos que merezcan ser nombrados prefecto de departamento, gobernador de su provincia, y corregidores de sus cantones y pueblos: 3.- al prefecto del departamento, los alcaldes y jueces que deban nombrarse: 4.- al Senado, los miembros de las Cortes del distrito a que pertenecen, y los jueces de primera instancia.
- 4.- Recibir las actas de las elecciones populares, examinar la identidad de

los nuevos elegidos, y declarados nombrados constitucionalmente.

5.- Pedir a las Cámaras cuanto crean favorable al bienestar de los ciudadanos, y quejarse de los agravios é injusticia que reciban de las autoridades constituidas”.

La Constitución de 1837 se limitó a establecer los requisitos para ser elector de Departamento:

“Constitución de 1837, artículo 11.- Para ser elector de departamento se requiere:

- 1.- Ser ciudadano en ejercicio.
- 2.- Ser natural del departamento ó tener domicilio en él con arreglo a las leyes.
- 3.- Ser propietario territorial, ó ejercer cualquiera industria, teniendo en ambos casos el capital de tres mil pesos al menos”.

La Constitución de 1839 fue también parca, aunque el artículo 25 habla inequívocamente de elección indirecta.

“Constitución de 1839, artículo 26.- El derecho de elegir reside en los ciudadanos en ejercicio”.

“Constitución de 1839, artículo 25.- Los Diputados serán elegidos por colegios electorales que designará la ley”.

La Constitución de 1856 es la que consagra el sufragio directo:

“Constitución de 1856, artículo 37.- El sufragio popular es directo: lo ejercen los ciudadanos que saben leer y escribir, ó son jefes de taller, ó tienen una propiedad raíz, ó se han retirado, conforme a la ley, después de haber servido en el ejército ó armada”.

La Constitución de 1860 fue inicialmente censitaria pero en 1895 se le hizo un cambio sustancial que la hizo capacitaria, característica de nuestro sistema de ciudadanía que durará hasta 1980:

El artículo 38 de la Constitución de 1860 tuvo la siguiente versión original:

“Constitución de 1860, artículo 38.- Ejercen el derecho de sufragio, todos los ciudadanos que saben leer y escribir, ó son jefes de taller, ó tienen alguna propiedad raíz, ó pagan al Tesoro Público alguna contribución.

El ejercicio de este derecho será arreglado por una ley”.

Luego fue modificado por ley del 12 de Noviembre de 1895, quedando con la siguiente redacción:

“Constitución de 1860, artículo 38.- Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos en ejercicio que saben leer y escribir».

La Constitución de 1867 fue muy parca y no trajo ninguna novedad respecto del tema:

“Constitución de 1867, artículo 39.- El sufragio popular es directo: gozan de este derecho todos los ciudadanos en ejercicio”.

A su turno, la Constitución de 1920 fue escueta y estableció la obligatoriedad de inscribirse en el registro militar para poder ejercitar los derechos ciudadanos: todavía no existía en el Perú un registro electoral.

“Constitución de 1920, artículo 66.- Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos en ejercicio que saben leer y escribir.

No podrá ejercer el derecho de sufragio, ni ser elegido Presidente de la República, Senador o Diputado, ningún ciudadano que no esté inscrito en el registro militar”.

“Constitución de 1920, artículo 67.- El sufragio, en las elecciones políticas, se ejercerá conforme a la Ley Electoral sobre las bases siguientes:

- 1.- Registro permanente de inscripción;
- 2.- Voto popular directo;
- 3.- Jurisdicción del Poder Judicial, en la forma que determine la ley, para garantizar los procedimientos electorales, correspondiendo a la Corte Suprema conocer de los procesos e imponer las responsabilidades a que hubiere lugar en los casos que igualmente la ley establezca”.

La Constitución de 1933 organiza el Sistema Electoral del Estado con órganos y procedimientos por primera vez en la historia republicana del Perú. También otorga el voto a las mujeres, con ciertas exigencias, y sólo para las elecciones municipales, como puede verse del artículo 86. Durante su vigencia se produce una modificación según la cual las mujeres alcanzan plena ciudadanía.

La versión original del artículo 86 de la Constitución de 1933 decía lo siguiente:

“Constitución de 1933, artículo 86.- Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos que sepan leer y escribir; y, en elecciones municipales, las mujeres peruanas mayores de edad, las casadas o que lo hayan estado, y las madres de familia aunque no hayan llegado a su mayoría”.

Este texto fue modificado por la Ley 12391 en los siguientes términos:

“Constitución de 1933, artículo 86.- Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos que sepan leer y escribir».

El texto modificado por la ley 12391 del artículo 88 de la Constitución de 1933 fue el siguiente:

“Constitución de 1933, artículo 88.- El Poder Electoral es autónomo. El Registro es permanente. La inscripción y el voto son obligatorios para los varones hasta la edad de sesenta años, y facultativos para los mayores de esta edad.

El voto es secreto.

El sistema de elecciones dará representación a las minorías con tendencia a la proporcionalidad”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que constituyen antecedentes de éste que comentamos son los siguientes:

“Artículo 64.- Los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en comicios periódicos, y de acuerdo con las condiciones determinadas por ley.

Es nulo y punible todo acto por el cual se prohíbe o limita al ciudadano o partido intervenir en la vida política de la Nación”.

“Artículo 65.- (...) Tienen derecho de votar todos los ciudadanos que están en el goce de su capacidad civil.

El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esta edad.

En las elecciones pluripersonales, hay representación proporcional, conforme al sistema que establece la ley”.

Las normas que tienen en común ambas Constituciones son las siguientes:

- Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos eligiendo y pudiendo ser elegidos de manera libre, de acuerdo a ley. La Constitución de 1993 añade que debe tratarse de una ley orgánica por la sistemática que da a las fuentes formales de Derecho (no equivalente en la Constitución de 1979).
- Todos los ciudadanos en goce de capacidad civil tienen derecho al voto.
- El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los sesenta años. Después de dicha edad es facultativo.
- Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

Adicionalmente, la Constitución de 1993 establece el derecho de los ciudadanos a participar en asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Ninguna de estas figuras había sido considerada en términos genéricos en la Constitución de 1979, salvo el referéndum en caso de la demarcación regional (artículo 260) y la iniciativa legislativa popular en materia de reforma constitucional (artículo 306).

Análisis exegético

La finalidad de la existencia de la ciudadanía es la participación en el ejercicio del poder por el pueblo, que no es sino el conjunto agregado de ciudadanos. No hay que olvidar que en la organización democrática, y nuestra Constitución la incorpora, el poder *emana del pueblo* (Constitución, artículo 45).

El ejercicio del poder por el pueblo no puede ser desordenado porque, en ese caso, la democracia deviene en anarquía. Ya lo dijo Aristóteles en una pareja de conceptos que tiene vigencia hasta hoy a través de las diversas mutaciones que han tenido en la historia tanto la democracia como la anarquía.

70.1. El concepto de participación ciudadana

Entonces, la participación de la ciudadanía se realiza por cauces preestablecidos, que deben garantizar su acceso al poder y el orden en los asuntos públicos.

Useche dice de la participación ciudadana:

La participación ciudadana es la aptitud que tienen los miembros de una comunidad política para actuar ante el Poder Público en el proceso de conformación de la voluntad general, y trae como consecuencia la posibilidad de que los ciudadanos defiendan sus intereses legítimos, personales y directos, ante quienes ocupan las posiciones de gobierno, participen en la formulación de las políticas estatales y en la distribución efectiva de los bienes de la sociedad; y la posibilidad genérica de desarrollar acciones que influyan de una u otra manera en la conducta que asuman los gobernantes. Estas acciones pueden consistir en defensas y solicitudes formuladas ante la administración (88).

(88) USECHE, Luis Enrique. *La participación ciudadana en el Derecho Constitucional latinoamericano*. COMBELLAS, Ricardo (Coordinador). *El Nuevo Derecho Constitucional Latinoamericano*. Caracas, COPRE y CIEDLA, 1996, Vol. I, p. 218.

Puede verse de este texto lo siguiente:

- Ratifica el concepto de que la participación ciudadana permite a las personas que forman la comunidad política a actuar en el ámbito del poder.
- Para ello se participa en la conformación de la *voluntad general*, concepto roussoniano que tiene que ver con la decisión mayoritaria de los ciudadanos y su poder vinculatorio para toda la organización política.
- El ejercicio del poder tiene en mira defender los intereses legítimos, tanto por sí mismos, como frente a quienes ocupan el gobierno. La participación política es un derecho así autónomo y de defensa contra el poder acumulado en la estructura del Estado.
- La participación permite participar en la formulación de las políticas estatales.
- También permite participar en la distribución de los bienes de la sociedad, es decir, en la riqueza.
- Permite en general influir en la conducta del gobierno en sus diversos niveles.

La participación ciudadana tiene muchas y variadas formas de ejercitarse. La tradicional en la democracia representativa fue la de elegir y ser elegido en comicios periódicos. A través de las elecciones, el ciudadano participa en la elección de representantes que luego tomarán las decisiones en nombre de él y las ejecutarán.

Sin embargo, sólo este ejercicio ha parecido muy limitado en los últimos lustros y, entonces, se ha ido progresivamente instituyendo otras formas de participación adicionales como las que menciona el primer párrafo del artículo que ahora comentamos y que se denominan de *democracia directa* porque a través de ellas el pueblo toma decisiones directamente: aprueba leyes, remueve autoridades, etc. Este movimiento hacia la democracia directa parece amplio en América Latina:

Tomando como modelos las constituciones aquí analizadas (Uruguay, Guatemala, Costa Rica, Chile, Colombia, Brasil, Paraguay, Ecuador, Venezuela, Perú, Panamá, Cuba, Nicaragua y Argentina), observamos un adelanto en materia de participación popular. Salvo el caso de las Constituciones de Costa Rica y Nicaragua,

en donde la primera limita la consulta popular a nivel provincial y la segunda la considera como una posibilidad, las otras constituciones en mayor o menor medida, reconocen normativamente, una demanda y expresión de los pueblos latinoamericanos, por participar más en la estructura del poder a nivel nacional.

De todas las Constituciones analizadas, son la colombiana, cubana y peruana las más universales, porque reconocen la totalidad de las instituciones de la democracia directa (89).

El estudio de Miró Quesada fue publicado en 1990. En estos años el camino hacia la democracia directa se ha acelerado aún más en diversos países. De tal manera que América Latina transita consistentemente por este rumbo.

En el Perú también se produjo, en el texto de las normas, una ampliación de la participación directa del pueblo, a través de las figuras que recogen el artículo 31 que comentamos y el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución. (Como vimos, la redacción de ambas normas no coincide totalmente lo que es un defecto técnico y, por lo mismo, deben ser interpretadas conjuntamente para dar pleno sentido a la participación popular ciudadana en la Carta de 1993).

La Ley 26300, ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, promulgada el 2 de mayo de 1994, subdivide los mecanismos de participación de la siguiente manera:

«Ley 26300, artículo 2.- Son derechos de participación de los ciudadanos los siguientes:

- a) Iniciativa de Reforma Constitucional;
- b) Iniciativa en la formación de las leyes;
- c) Referéndum;
- d) Iniciativa en la formación de dispositivos municipales y regionales; y,
- e) Otros mecanismos de participación establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales».

(89) MIRO QUESADA RADA, Francisco. *Democracia directa y Derecho Constitucional*. Lima, Artes y Ciencias editores, 1990, p. 153.

«Ley 26300, artículo 3.- Son derechos de control de los ciudadanos los siguientes:

- a) Revocatoria de Autoridades.
- b) Remoción de Autoridades;
- c) Demanda de Rendición de Cuentas; y,
- d) Otros mecanismos de control establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales».

Existe una idea generalizada en América Latina de los últimos años, en el sentido que la mejor manera de desarrollar la vida cívica y económica, y la mejor garantía para la vigencia de los derechos humanos, es el fortalecimiento de la democracia como sistema de gobierno y como forma de participación de los ciudadanos. O'Donnell comenta una opinión de la Comisión Interamericana sobre este tema:

La Comisión Interamericana ha hecho hincapié en la relación entre la vigencia de la democracia y el libre ejercicio de los derechos políticos y, en general, el goce y protección de los derechos humanos, según se desprende de la siguiente observación:

«El derecho de tomar parte en el gobierno y participar en elecciones genuinas, periódicas, libres y de voto secreto, es de fundamental importancia para la salvaguardia de los derechos humanos. La razón de ello radica en que, tal como lo demuestra la experiencia histórica, los gobiernos derivados de la voluntad del pueblo, expresada en elecciones libres, son los que proporcionan la más sólida garantía de que los (demás) derechos humanos fundamentales serán observados y protegidos».

Asimismo, la Comisión ha hecho notar muy acertadamente que «la experiencia histórica (demuestra que) la negación de los derechos políticos o la alteración de la voluntad popular puede conducir a una situación de violencia», con consecuencias verdaderamente trágicas para el goce de los derechos fundamentales del ser humano (90).

(90) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 289.

Esta opinión no es aislada en el contexto internacional. La participación ciudadana, con diversos tonos y matices, ha sido reconocida en muchos textos. La Declaración Universal de Derechos Humanos dice:

“Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21.-

1.- Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

[...]

3.- La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto».

Como puede verse, la Declaración Universal abre la posibilidad tanto de la democracia representativa como de la directa pero, en todo caso, exige que haya por lo menos una de las dos al expresar que la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público. También establece, en la parte final del apartado 3, los requisitos mínimos que se considera indispensables para que el ejercicio electoral sea propiamente tal y no una pantalla tras la cual se esconda la tiranía.

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos establece:

“Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 25.- Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país».

A los derechos anteriormente vistos en la Declaración Universal, el Pacto añade el acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas. Dice en condiciones generales de igualdad porque bien puede suceder que para ciertos cargos se requiera calificaciones o condiciones especiales que no todos tienen. Sin embargo, la igualdad de acceso deberá ocurrir entre los que cumplen las condiciones. Las funciones públicas del país serán tanto las electivas como las del servicio público administrativo.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece lo siguiente:

“Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XX.- Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres».

“Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XXXII.- Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada para ello».

“Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XXXIV.- Toda persona hábil tiene (...) el deber de desempeñar los cargos de elección popular que le correspondan en el Estado de que sea nacional».

Destacan en la Declaración Americana los dos deberes establecidos: el de votar en las elecciones y el de desempeñar los cargos a los que haya sido elegida.

El deber de votar se ejercita de diversas maneras. Hay Estados que no sancionan al omiso y hay otros que sí. El Perú se cuenta entre estos últimos como veremos luego. En todo caso, entre los Estados que dejan en libertad el ejercicio del voto, este deber es moral. Entre los Estados como el peruano, la omisión de voto significa una sanción.

El deber de votar se fundamenta en la necesidad de que, en el sistema democrático, participe efectivamente una parte considerable del pueblo en las decisiones que le competen. Es de esa forma que se legitima posteriormente el uso del poder. En un país donde el pueblo participa ínfimamente en las votaciones, la autoridad elegida carece de legitimidad *real* (no formal), y esto suele conducir a intentos de ejercer el juego de poder por fuera del sistema, lo que en otras palabras puede ser la subversión o el golpe de Estado.

El deber de asumir los cargos de elección popular se fundamenta en que la elección confiere un mandato y una representación que son la base de la estructuración del poder político en la sociedad. No asumir los cargos es romper ese concepto de representación en su esencia misma, porque contiene dos tipos de elementos: el voto popular expresado y la confianza en el representante. La representación tiene una connotación personal intensa que el elegido no debe defraudar.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dice lo siguiente:

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23.-

1.- Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2.- La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal».

De la Convención Americana, se puede ver la ratificación de los derechos ya contenidos en otros textos, pero destaca el acápite 2. porque establece límites a la posibilidad de recortar el derecho a ciudadanía. Siendo éstos bastante amplios (figuran por ejemplo, la posibilidad de negar ciudadanía por idioma o instrucción), de todas maneras impiden que formas tiránicas se escondan tras procesos formalmente democráticos. Por ejemplo, suspendiendo los derechos políticos por razones de emergencia en las que se aplique el régimen de excepción. En estos términos, el apartado que comentamos es positivo y adecuado. Desde luego, en el Perú actual los derechos políticos no toman como restricciones sino aquellas generalmente aceptadas como razonables: edad, nacionalidad, capacidad civil y condena en debido proceso, tal como hemos visto antes y, también, veremos en los comentarios a los artículos siguientes.

Los derechos de participación ciudadana que establece el artículo 31 en su primer párrafo para toda la ciudadanía en el plano nacional son: referéndum, iniciativa legislativa, remoción, revocación y demanda de rendición de cuentas, además de los tradicionales de elegir y ser elegido. Los abordamos uno por uno.

70.2. El referéndum

El primer derecho mencionado es el referéndum. Consiste en la consulta al pueblo para que se pronuncie por sí o por no ante una pregunta que le es formulada. La pregunta puede ser propuesta por uno de los órganos del Estado, o por el propio pueblo mediante rogatorio de firmas.

En la doctrina se ha intentado distinguir entre plebiscito y referéndum, pero la legislación de los distintos países, al menos de América Latina, los denomina con cualquiera de estos dos nombres (91) de manera que nosotros, asentados en este uso, utilizaremos indistintamente las dos palabras para efectos del trabajo que desarrollamos.

(91) Las pruebas de lo dicho aquí pueden verse en nuestro trabajo: RUBIO CORRREA, Marcial. *La Participación del Pueblo en la Elaboración Constitucional dentro de Sudamérica*. En *Pensamiento Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, pp. 64-68

Miró Quesada resume sus rasgos principales de la siguiente manera:

De las definiciones expuestas se derivan las siguientes características:

1) Es un derecho del cuerpo electoral. Es decir, de los electores; de aquellos ciudadanos con capacidad de manifestar su voluntad por medio del voto.

2) Los ciudadanos pueden ser consultados por los órganos Gubernamentales -Poder Ejecutivo- para que se pronuncien aprobando o rechazando leyes emanadas de los poderes públicos.

3) También los ciudadanos pueden pronunciarse sobre proyectos de ley elaborados por el Poder Legislativo.

4) Los ciudadanos, haciendo uso del derecho de iniciativa popular, pueden presentar a los poderes del Estado proyectos de ley, y solicitar que éstos sean luego sometidos a consulta popular.

Por lo general, el referéndum se aplica para resolver problemas de carácter legislativo, y no necesariamente para remover a las autoridades de sus cargos. Pero esta regla no es absoluta, hay casos en que el referéndum más que jurídico es político. Cabe resaltar que sin importar sus modalidades, siempre el referéndum será consultivo en última instancia, pero, como veremos luego hay diversos tipos (92).

Como veremos a propósito del artículo 32, en nuestra Constitución el Referéndum puede ser utilizado para la reforma total o parcial de la Constitución, para la aprobación de normas con rango de ley, aprobación de ordenanzas municipales y asuntos de descentralización. También hay prohibiciones.

(92) MIRO QUESADA RADA, Francisco. *Democracia directa y Derecho Constitucional*. Lima, Artes y Ciencias editores, 1990, p. 105.

Carlos Torres y Torres Lara se pronuncia inclusive porque el referéndum sirva para oponerse a proyectos de ley:

Derecho al veto.

Los ciudadanos deben tener la facultad de oponerse a los proyectos de leyes.

Un número determinado de firmas debe asegurar que la oposición sea publicitada a través de los medios de difusión del Estado e incluso un número mayor debe garantizar que se someta a discusión la propuesta (93).

El derecho de iniciativa tiene dos vertientes: iniciativa constitucional e iniciativa legislativa.

La iniciativa constitucional es la atribución de presentar proyectos de reforma constitucional que deban ser necesariamente revisados y votados por el órgano competente, en nuestro caso el Congreso de la República.

La iniciativa popular en materia de reforma de la Constitución se halla contenida en el artículo 206 de la Constitución en la parte que dice lo siguiente:

“Constitución de 1993, artículo 206.-

[...]

La iniciativa de reforma constitucional corresponde (...) a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.

En el momento de escribir estas páginas el padrón electoral está

(93) TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La nueva Constitución del Perú*. 1993. Lima, impreso en Asesorandina S.R.L., 1993, p. 197.

algo encima de los doce millones de ciudadanos, de tal manera que el requisito de firmas está aproximadamente en treintiséis mil.

La iniciativa legislativa es la que concede la atribución de presentar proyectos de ley que deberán ser obligatoriamente analizados y votados por el Congreso de la República. La iniciativa popular en materia de leyes está establecida en el artículo 107 de la Constitución que sólo la reconoce según los términos que indique la ley.

La norma que ha desarrollado el tema de la iniciativa legislativa del pueblo es la ley de Participación y Control Ciudadanos, número 26300 del 02 de mayo de 1994. Dice respecto de este tema:

«Ley 26300, artículo 11.- La iniciativa legislativa de uno o más proyectos de ley, acompañada por las firmas comprobadas de no menos del cero punto tres por ciento de la población electoral nacional, recibe preferencia en el trámite del Congreso. El Congreso ordena su publicación en el diario oficial».

El derecho de iniciativa es distinto del derecho de petición. Mediante este último, cualquiera puede alcanzar al Congreso un proyecto de Ley y habrá obligación de responderle si se tramita o no, pero no existe obligación de tramitarlo. Mediante la iniciativa legislativa el trámite es obligatorio y, además, tiene preferencia por este artículo. A efectos de difundir la iniciativa, será publicada en el Diario Oficial El Peruano.

«Ley 26300, artículo 12.- El derecho de iniciativa en la formación de leyes comprende todas las materias con las mismas limitaciones que sobre temas tributarios o presupuestarios tienen los congresistas de la República. La iniciativa se redacta en forma de proyecto articulado».

El derecho de iniciativa puede versar sobre cualquier materia que corresponda al rango de la ley. No se puede proponer como iniciativa legislativa una que corresponda al rango de la Constitución. Tampoco puede hacerse propuestas que están vedadas a los congresistas sobre materias tributarias o presupuestales. Figuran en la Constitución y son las siguientes:

“Constitución de 1993, artículo 79.- Los representantes ante el

Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto

El Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados salvo por solicitud del Poder Ejecutivo.

En cualquier otro caso, las leyes de índole tributaria referidas a beneficios o exoneraciones requieren previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas.

[...]”.

Debe entenderse, por tanto, que los límites a la iniciativa popular en materia de leyes están referidos a que no pueden crear ni aumentar gastos públicos y no pueden proponer tributos con fines predeterminados. Si se proponen beneficios o exoneraciones tributarios se requerirá previo informe del Ministro (no ministerio como equivocadamente dice la Constitución) de Economía y Finanzas. Evidentemente, al hacer la Ley 26300 los autores no se han percatado que el primer párrafo del artículo 79 autoriza a los congresistas a proponer iniciativas de gasto público en lo que se refiere al Presupuesto del Congreso. Texto a texto, es evidente que el artículo 12 de la Ley 26300, también autoriza a presentar este tipo de iniciativas al pueblo. Sin embargo, desde el punto de vista de la razón de la ley eso carece de sentido pues son los congresistas los que proponen el gasto del Congreso porque ellos mismos realizan la función. El pueblo no la hace y no se ve bien porqué debería tener iniciativa en esta materia.

Por estas consideraciones, estimamos que de acuerdo a una recta interpretación sistemática y de razón de ser de la ley, no puede haber iniciativa popular en materia de gasto del Congreso, a pesar que el texto del artículo 12 de la Ley 26300, por ligereza o descuido, sí lo permite.

«Ley 26300, artículo 13.- El Congreso dictamina y vota el proyecto en el plazo de 90 días calendario». (Este es el texto modificado según el mandato de la ley 26592 del 17 de abril de 1996. En su versión original el artículo daba un plazo de ciento veinte días calendario para el dictamen y la votación).

Esta disposición debe ser complementada con el artículo 3 de la ley 26670 del 11 de Octubre de 1996 que establece:

“Ley 26670, artículo 3.- La iniciativa legislativa presentada con las firmas comprobadas de no menos del 0.3% de la población electoral nacional, será debatida por el Pleno del Congreso aún cuando no haya obtenido dictamen favorable”.

De manera que una iniciativa popular en materia legislativa será votada de todas maneras en el Congreso en un plazo de noventa días calendario desde su presentación.

«Ley 26300, artículo 16 (según el texto aprobado por la modificación establecida en la ley 26592 del 17 de abril de 1996).- Todo referéndum requiere una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso, la misma que puede ser sometida a referéndum conforme a esta ley, siempre que haya contado con el voto favorable de no menos de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso».

La versión original del artículo, antes de la modificación introducida por la ley 26592, era la siguiente:

«Ley 26300, artículo 16.- El Proyecto de Ley rechazado en el Congreso puede ser sometido a referéndum conforme a esta ley. Asimismo, cuando los promotores juzguen que al aprobarla se le han introducido modificaciones sustanciales que desvirtúan su finalidad primigenia podrán solicitar referéndum para consultar a la ciudadanía sobre su aprobación».

Como puede verse, originalmente el proyecto presentado por iniciativa popular que era rechazado por el Congreso, podía ser sometido a referéndum completando las firmas que se necesitaban (lo que implicaba pasar del 0.3% al 10% como veremos luego). Sin embargo, a propósito de que se estuviera pensando plantear una iniciativa popular de ley que impidiera privatizar Petroperú, el Congreso aprobó la modificación introducida por la ley 26592, según la cual el proyecto rechazado sólo podrá ser presentado a referéndum si contó con no menos de los dos quintos de los votos del Congreso, esto es, cuarentiocho. Por las condiciones de mayoría y minoría existentes en el Congreso al aprobarse la ley (y que por lo menos se extenderían hasta julio del año 2000 de no mediar alteraciones en las filas de los partidos), es virtualmente imposible que un proyecto de ley propuesto por la oposición alcance el dos quintos de los votos.

De esta manera, lo que políticamente ha sucedido es que la mayoría parlamentaria ha decidido bloquear con su poder de decisión la posibilidad de convocatoria del referéndum por iniciativa popular, para aprobar una propuesta de ley también generada por iniciativa popular.

En otras palabras, ha convertido el referéndum para aprobación de iniciativas legislativas, en un instrumento no de participación ciudadana, sino de decisión de la mayoría parlamentaria existente (y, cuando cambie la correlación de fuerzas existente en el Congreso 1995-2000, será una decisión de dos quintos de los representantes a congreso, si pueden conseguir unificar tal cantidad de votos). El pueblo ha sido despojado de este atributo que le otorga directamente el artículo 31 de la Constitución.

La ley 26592 ha sido discutida por el Tribunal Constitucional: treintiséis congresistas interpusieron demanda de inconstitucionalidad de la ley 26592. El resultado de la votación del Tribunal fue de cinco votos por declarar fundada la demanda y de dos por declararla infundada. En consecuencia, el fallo del tribunal declaró infundada la demanda.

Los argumentos centrales de los cinco miembros del Tribunal que votaron por declarar fundada la demanda fueron:

“Que, la ley 26592 establece que todo referéndum requiere una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso la misma que puede ser sometida a referéndum conforme a esta ley siempre que haya contado con el voto favorable de no menos de los 2/5 de los votos del número legal de los miembros del Congreso; Que, la exigencia establecida en la ley 26592 significa una manifiesta restricción, que puede constituirse en impedimento para la realización del referéndum por lo que contraviene la disposición del artículo 31 de la Constitución, que como ya se ha indicado establece que es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano en el ejercicio de sus derechos, puntualizándose que si en el Congreso no se obtuviera los 48 votos en contra de la iniciativa legislativa el referéndum ya no puede realizarse; Que, consecuentemente a lo expuesto en los considerandos anteriores tiene que llegarse a la conclusión que la modificación contenida en la Ley 26592 desnaturaliza ampliamente las características del referéndum al condicionarlo a la intervención del Congreso, que aunque exige una votación minoritaria de todas maneras puede impedir su realización, contrariando la voluntad del pueblo, legítimo

titular de este derecho, desvirtuando así el hecho de ser un sistema de democracia directa. Privando a los ciudadanos del derecho a la autoconvocatoria a referéndum, derecho que no puede ser desconocido, y del que no se puede privar al electorado, tal como lo ha reconocido en el quinto considerando el Jurado Nacional de Elecciones en su Resolución 630-96-JNE de 30 de octubre de mil novecientos noventa y seis. No puede considerarse que la exigencia por la Ley 26592 sea un simple requisito de una etapa previa, y susceptible de afectar el derecho materia de esta acción, razón por la que no es válida la argumentación, en este sentido contenida en la contestación a la demanda o un acto de procedimiento para la realización de referéndum, ya que implica la intervención de un organismo ajeno a los ciudadanos que tienen derecho a realizar”.

Compartimos totalmente las opiniones de este voto mayoritario que, sin embargo, no obtuvo el quorum calificado necesario para declarar la inconstitucionalidad de la ley 26592. El argumento central esgrimido que consiste en que el referéndum es un derecho de participación directa de los ciudadanos y que no puede ser obstaculizado por el requerimiento de dos quintos de los votos del Congreso, órgano que no tiene nada que ver con el ejercicio de los derechos democráticos directos del pueblo, no logra ser levantado por la argumentación de los dos miembros del Tribunal Constitucional que votaron por declarar infundada la demanda. Su sustento central para tal voto fue:

“Que el referéndum sea un derecho y al mismo tiempo una institución garantizada constitucionalmente, cualquiera fuere el supuesto, siempre ha de tratarse de un derecho o institución susceptible de ser desarrollado, regulado o limitado. El inciso 17) del artículo 2 de la Constitución es bastante enfático en resaltar este hecho, al disponer que “los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”.

La frase “conforme a ley” contiene, pues, la técnica de la reserva de ley específica (pues, la genérica, esto es, la que se aplica a todos aquellos derechos que no la enuncian expresamente, se encuentran comprendidas [*sic*] en el inciso 24), letra “a” del artículo 2 de la misma Carta), que ha de emplearse para que el legislador determine la regulación del contenido, los alcances y límites de cada derecho”.

El argumento esencial de estos dos párrafos consiste en que la Constitución establece que el referéndum se tiene como derecho pero “conforme a ley”. Por consiguiente, es la evolución del argumento, los requisitos que establezca la ley tienen que ser cumplidos por mandato constitucional.

Este argumento olvida un punto de vista elemental y que es, en realidad, todo lo que tiene que hacer un miembro del Tribunal Constitucional: examinar si los requisitos que establezca la ley, son o no incompatibles con las normas de la Constitución. Pero sobre esto no trata el voto de los dos miembros que ahora analizamos. Es decir, no hacen lo que precisamente consiste el núcleo central de su función.

Y la razón de esta crítica es evidente por sí misma: la remisión a la ley que hace la Constitución, es para los detalles, no para que se desnaturalice la institución constitucionalmente establecida. Los dos miembros del Tribunal que impiden con su voto declarar fundada la demanda, dan un argumento formal sin analizar el fondo de la cuestión, que es de lo que se trataba esta acción de inconstitucionalidad. No realizaron, pues, el trabajo que debían. Un ejemplo que no debiera ser seguido y en el que no se debería perseverar.

70.3. La remoción de autoridades

La remoción de autoridades, tal como ha sido establecida en la Ley 26300, consiste en el derecho de los ciudadanos a retirar de sus puestos a las autoridades designadas por el gobierno, es decir, a funcionarios, no a representantes políticos elegidos:

«Ley 26300, artículo 27.- La Remoción es aplicable a las autoridades designadas por el Gobierno Central o Regional en la jurisdicción regional, departamental, provincial y distrital. No comprende a los Jefes Políticos Militares en las zonas declaradas en estado de emergencia».

Puede verse que el artículo 27 permite remover a cualquier tipo de autoridad del Gobierno Central o regional en cualquiera de las jurisdicciones establecidas: desde la nacional hasta la distrital. Nótese que el texto indica que son pasibles de remoción las autoridades designadas por gobierno central o regional. En consecuencia, no existe este derecho para

remover a las autoridades nombradas por el gobierno local. Esta exclusión es tan evidente como absurda.

Los jefes político-militares de las zonas de emergencia no pueden ser removidos y esto tiene fundamento en que, en realidad, son autoridades producto del ejercicio de la dictadura constitucional (ver el artículo 137 de la Constitución, que dice que las Fuerzas Armadas pueden asumir el control del orden interno en régimen de excepción y, precisamente en esos casos, son nombrados los jefes político-militares a los que ahora nos referimos). Es una decisión constitucionalmente tan válida como la de permitir su remoción pues para ninguna de las dos existe incompatibilidad en el texto de la Carta. Desde luego, si pudieran ser removidos, los jefes político-militares probablemente se preocuparían un poco más de la parte política que de la militar de su cargo.

«Artículo 28.- La remoción se produce cuando el Jurado Nacional de Elecciones comprueba que más del cincuenta por ciento de los ciudadanos de una jurisdicción electoral o judicial lo solicitan».

Para que se produzca la remoción tiene que ser solicitada por más de la mitad de los ciudadanos de la jurisdicción respectiva. En otras palabras, la remoción sólo se produce por mayoría absoluta de opinión ciudadana en tal sentido. Debe entenderse que si la autoridad es regional, será el cincuenta por ciento de los ciudadanos de la región, si se trata de todo el país, será la mitad del padrón electoral, y así sucesivamente.

«Artículo 30.- El funcionario que hubiese sido removido no puede volver a desempeñar el mismo cargo en los siguientes cinco años».

El artículo 30 plantea una consecuencia lógica de la remoción. Sería un error que no bien removida, o en todo caso transcurrido un breve lapso, la persona pudiera ocupar por nombramiento, nuevamente el mismo cargo. Los cinco años colocados en la ley parecen razonables.

70.4. La revocación de autoridades

La revocación consiste en retirar el mandato otorgado mediante elecciones a los representantes que señala la ley. Es el artículo 20 de la ley 26300 el que se ocupa de esta materia:

«Ley 26300, artículo 20.- La Revocatoria es el derecho que tiene la ciudadanía para destituir de sus cargos a:

- a) Alcaldes y Regidores;
- b) Autoridades regionales que provengan de elección popular;
- c) Magistrados que provengan de elección popular».

El caso de los alcaldes y regidores es claro. En materia de autoridades regionales, serán el Presidente y los miembros del Consejo de Coordinación regional elegidos según estipula en términos sumamente genéricos el artículo 198 de la Constitución.

Los magistrados que provengan de elección popular serán los jueces de paz y, eventualmente, los de primera instancia según el artículo 152 de la Constitución.

«Ley, 26300, artículo 21.- Los ciudadanos tienen el derecho de revocar a las autoridades elegidas. No procede la revocatoria durante el primero y el último año de su mandato salvo el caso de magistrados.

La solicitud de revocatoria se refiere a una autoridad en particular, es fundamentada y no requiere ser probada.

El Jurado Nacional de Elecciones, convoca a consulta electoral la que se efectúa dentro de los noventa días siguientes de solicitada formalmente».

La revocación es presentada con fundamento pero sin necesidad de prueba porque la revocatoria no es una sanción sino una medida de naturaleza jurídico-política. La revocatoria se hace mediante sufragio convocado por el Jurado Nacional de Elecciones.

«Artículo 22.- La consulta se lleva adelante en una circunscripción electoral, si el veinticinco por ciento de los electores de una autoridad, con un máximo de 400,000 firmas, presenta la solicitud de la revocación del mandato ante la oficina de procesos electorales correspondientes».

El requisito de presentación de solicitud es de uno de cada cuatro ciudadanos de los electores de la respectiva autoridad. El tope máximo está expresado en el texto.

«Artículo 23.- La Revocatoria se produce con la votación aprobatoria de la mitad más uno de los electores. En caso contrario, la autoridad sobre la cual se consulta la Revocatoria se mantiene en el cargo sin posibilidad de que se admita una nueva petición hasta después de dos años de realizada la consulta».

La revocación requiere obtener más del cincuenta por ciento de los votos de la circunscripción de que se trate aquella en la que ejerce su representación el elegido al que se quiere revocar.

«Artículo 24.- El Jurado Nacional de Elecciones acredita como reemplazante de la autoridad revocada, salvo los jueces de paz, a quien alcanzó el siguiente lugar en el número de votos de la misma lista para que complete su mandato».

Habrá un sistema de accesorios en toda elección popular y se llamará al que obtuvo la siguiente votación que el removido. Si se trata de alcaldes o de presidentes de región, será el de otra fuerza política que hubiera obtenido la segunda votación; si se trata de un regidor o del miembro del Consejo de Coordinación Regional, será el siguiente de su misma lista. Las leyes se encargarán de establecer los detalles, cada una en su materia. Como se trata de cargos electivos, la responsabilidad de acreditar a quien suple al removido es del Jurado Nacional de Elecciones.

A propósito de la revocación de autoridades elegidas, Miró Quesada se plantea una distinción conceptual pertinente:

Es importante establecer la diferencia entre revocación y mandato imperativo, El mandato imperativo es aquel mecanismo mediante el cual las personas designadas para ocupar cargos en los cuerpos deliberativos, están obligadas a ceñirse a las instrucciones dadas por sus electores. El mandato imperativo se diferencia del mandato representativo o libre, porque en este último caso no hay materias impuestas para los representantes quienes siguen nada más que los dictados de su recta conciencia.

El mandato imperativo se diferencia de la revocación porque como se ha indicado, esta significa la facultad que tienen los miembros del cuerpo electoral, o un grupo de ellos, para plantear la remoción del cargo de una autoridad elegida antes de que expire el

plazo de su mandato. Quien revoca solamente cambia a la persona que lo representa, pero no la obliga a actuar necesariamente en función a sus intereses como acontece con el mandato imperativo (94).

Un asunto intensamente discutido en el Perú por sectores de oposición fue el de porqué no se establecía la posibilidad de revocación del mandato presidencial. Dice Miró Quesada al respecto:

Salvo los casos de la Constitución de Weimar y del proyecto constitucional español, no se conoce otro, en donde se plantee la revocación del Presidente de la República, en los términos que señalan los artículos insertos en ambos textos.

Tampoco se conoce casos en donde el Presidente puede ser revocado por medio de una iniciativa popular que conduzca a la «revocación por referéndum» (95).

70.5. *La demanda de rendición de cuentas*

La rendición de cuentas está descrita en el artículo 31 de la Ley 26300:

«Ley 26300, artículo 31.- Mediante la Rendición de Cuentas el ciudadano tiene el derecho de interpelar a las autoridades respecto a la ejecución presupuestal y el uso de recursos propios. La autoridad está obligada a dar respuesta. Son susceptibles de esta demanda quienes ocupan cargos sujetos a revocatoria y remoción.

Los fondos a que se refiere el Artículo 170 de la Constitución están sujetos a rendición de cuentas conforme a la ley de la materia».

La rendición de cuentas tiene que ver entonces, específicamente, con el manejo de recursos públicos por la autoridad. No son susceptibles

(94) MIRO QUESADA RADA, Francisco. *Democracia directa y Derecho Constitucional*. Lima, Artes y Ciencias editores, 1990, p. 163.

(95) MIRO QUESADA RADA, Francisco. *Democracia directa y Derecho Constitucional*. Lima, Artes y Ciencias editores, 1990, p. 167.

de ser emplazados mediante este procedimiento quienes no pueden ser removidos o revocados. Esta es una norma que no tiene justificación suficiente porque, perfectamente, podría suceder que la ciudadanía exigiera una rendición de cuentas a la Mesa Directiva del Congreso, o a un jefe político-militar. De hecho, sería bueno que supieran que la posibilidad existe.

La rendición de cuentas no tiene que ver con la estabilidad de la persona en la labor sino con su eticidad para manejar los fondos públicos y, en esto, nadie debe estar fuera de supervisión. La más importante es la del pueblo. Discrepamos, por ello, con el recorte realizado en esta norma.

En todo caso, si se tratara de los jefes político-militares, podría establecerse reserva por razón de seguridad nacional, de ciertos fondos destinados al combate de las causas que han originado el régimen de excepción en el territorio correspondiente. Pero sólo debería recortarse la rendición de cuentas en lo indispensable.

«Artículo 32.- El pliego interpelatorio contiene preguntas relacionadas exclusivamente con los temas previstos en el artículo anterior. Cada interrogante es planteada en forma clara, precisa y sobre materia específica».

La rendición de cuentas se presenta bajo la forma de pliego interpelatorio, es decir, de preguntas que deberán ser respondidas por la autoridad respectiva.

«Artículo 33.- La autoridad electoral cautela que el pliego interpelatorio contenga términos apropiados y que carezca de frases ofensivas».

La razón de ser de esta norma se explica por sí misma. Si los términos ofensivos existieran, la autoridad electoral mandará corregir el texto para proceder. En esto, el Jurado Nacional de Elecciones tiene jurisdicción exclusiva y no revisable ante el Poder Judicial (ver los artículos 142 y 181 de la Constitución Política).

«Artículo 34.- Para que se acredite la rendición de cuentas se requiere que la soliciten cuando menos el veinte por ciento con un máximo

de cincuenta mil firmas de la población electoral con derecho a voto en la respectiva circunscripción territorial».

El requisito de firmas parece razonable. No es demasiado poco como para que la autoridad tenga demasiadas rendiciones de cuenta que hacer, ni tanto como para que el derecho se haga en verdad inviable.

«Artículo 36.- Toda autoridad a la que se haya demandado que rinda cuentas, publica el pliego interpelatorio y su respuesta al mismo».

La publicidad es esencial, tanto en beneficio de la autoridad que salió bien y salva del pliego, como del pueblo que, de esta manera, se enterará de los pormenores de la rendición.

Si este derecho fuera manejado sin demagogia y con recto espíritu de control popular, estimamos que puede ser muy importante para la moralización del quehacer público, sobre todo si sus resultados pueden ser utilizados por el Defensor del Pueblo, el Ministerio Público u otros órganos de control de las actividades ilícitas en el país, cada uno según sus propias atribuciones.

70.6. El derecho de elegir y ser elegido

La democracia consiste, esencial aunque no únicamente, en elegir y ser elegido. Sin estos derechos ella no existe. Es lo que establece la parte final del párrafo primero, en unión con los tres párrafos finales del artículo que comentamos.

En el pasado, hubo cualificaciones distintas para elegir que para ser elegido. Estas últimas eran más estrictas para reducir el número de posibles candidatos. Generalmente, como se puede apreciar de nuestras Constituciones del siglo pasado, se exigía una mayor riqueza para ser elegido que para elegir.

En la actualidad esas diferencias han sido borradas y, eso sí, permanecen ciertas diferencias que pueden ser atribuidas a la naturaleza misma de las cosas. Por ejemplo, para votar hay que tener dieciocho años cumplidos, pero para ser elegido Presidente no menos de treinticinco (artículo 110 de la Constitución).

La Constitución establece en su artículo 30 que acceden al derecho al voto los ciudadanos que tienen goce de su capacidad civil, es decir, que no han sido interdictados civilmente.

A continuación se establece varias calidades para el voto ciudadano. El voto personal quiere decir que debe ser ejercitado por el titular mismo, sin representantes o intermediarios. Por ello, para votar hay que estar físicamente presente, identificarse y firmar el padrón.

El voto es igual, esto quiere decir, que cada voto de cada ciudadano vale igual al de cada voto de los demás. El principio “una persona un voto” es exactamente lo que quiere decir la igualdad de voto.

El voto es libre en el sentido de que depende de la voluntad exclusiva del ciudadano que lo ejerce. Para ello se acondiciona una cámara secreta en la que nadie lo presione mientras vota.

El voto es secreto en el sentido que sólo puede saber su contenido el votante, y aquellos a quienes él se lo diga. El voto secreto es un derecho para el votante, no un deber para él.

El voto obligatorio quiere decir que no está en la deliberación del ciudadano el votar o no votar. Tiene que hacerlo y si no recibirá sanciones. Luego de cumplir los setenta años de edad, el voto se vuelve libre: depende de su entera decisión votar o no.

Las acciones que tiendan a impedir el voto de los ciudadanos, provengan de la autoridad o de particulares, son nulas, es decir sin valor para el Derecho, y punibles, es decir, sancionables penalmente. El Código Penal trata expresamente los tipos respectivos entre sus artículos 354 y 360.

Finalmente, la Ley Orgánica de Municipalidades determina una serie de derechos de los vecinos en materia de participación. Los veremos al analizar el tema de los gobiernos locales.

La norma que regula los procesos electorales en el Perú es la Ley 26859 promulgada el 25 de setiembre de 1997, Ley Orgánica de Elecciones. A su turno, la Ley de Elecciones municipales es la 26864, promulgada el 13 de octubre de 1997.

71. Artículo 32

«Artículo 32.- Pueden ser sometidas a referéndum:

- 1. La reforma total o parcial de la Constitución;*
- 2. La aprobación de normas con rango de ley;*
- 3. Las ordenanzas municipales; y*
- 4. Las materias relativas al proceso de descentralización.*

No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente de la Constitución de 1979 es la siguiente:

“Artículo 260.- [...] Las modificaciones en la demarcación regional requieren el pronunciamiento previo y directo de las poblaciones afectadas, conforme a ley”.

Puede apreciarse que la Constitución de 1979 sólo establecía la forma de consulta directa a la población en el caso de la demarcación de las regiones, que en la Constitución de 1993 corresponde al inciso 4 del artículo 32. Las demás situaciones en las que ahora podría producirse el referéndum son añadidos de la Constitución de 1993.

Análisis exegético

El artículo busca hacer operativo el referéndum y para ello determina las materias sobre las que podrá versar. No dicta, sin embargo, las reglas prácticas de procedimiento a las que estará sometido, cuando menos en sus aspectos más globales y eso es siempre un demérito porque quiere decir que son remitidas al rango de la ley. Allí son desarrollados los con-

tenidos de la legislación y, con ello, la modificación de las reglas de juego es muy fácil para las mayorías, sobre todo si son oficialistas. Todo ello perjudica al sistema democrático porque, precisamente, el referéndum es un instrumento en manos del pueblo para actuar directamente en las decisiones políticas, esto es, sin la intermediación de los representantes. Será esperable de algunos de ellos que pretendan reducir la fuerza del referéndum para mantener la mayor cuota de poder a través de la representación, sin acción directa de los representados.

Como veremos luego, estas no son sólo elucubraciones verosímiles. La historia reciente del referéndum en el Perú lo confirma.

Existen varias modalidades de referéndum. Miró Quesada las reseña así:

Son diversas las modalidades o de referéndum que a continuación vamos a señalar, indicando en que consisten:

1) *Referéndum Constituyente*: Si se aplica para aprobar o rechazar una Constitución elaborada por la Asamblea Constituyente o por un organismo técnico, según los casos.

2) *Referéndum Constitucional*: Si tiene por finalidad someter a consulta popular toda o una parte de la Constitución.

3) *Referéndum Legislativo*: Si se aplica para la aprobación o rechazo de una ley sancionada por el Poder Legislativo.

4) *Referéndum Administrativo*: Cuando se aplica para aprobar o rechazar decisiones y resoluciones administrativas.

5) *Referéndum por iniciativa*: Es una variante de la iniciativa popular y tiene por objeto pedir que un proyecto de ley que está en conocimiento del poder Legislativo sea sometido a consulta popular.

6) *Referéndum de Veto*: es el resultado de una consulta popular. Procede cuando el pueblo veta una ley o una materia consultiva. También se le llama referéndum de derogación.

7) Referéndum de Ratificación: Procede cuando el pueblo acepta una ley, o proyecto de ley. También cuando una decisión o gestión política es sometida a su veredicto.

8) Referéndum Consultivo: Procede si la decisión popular sólo proporciona un criterio o inspiración, como, por ejemplo, la actuación de los órganos competentes.

9) Referéndum de Opción: Esta forma de referéndum procede cuando el pueblo debe decidir sobre dos o más alternativas.

10) Referéndum de Arbitraje: Cuando el pueblo se pronuncia para decidir sobre conflictos entre los poderes públicos.

11) Referéndum ante legem o anterior: Consiste en el pronunciamiento del pueblo acerca de la conveniencia o inconveniencia de adoptar un proyecto de ley; o pronunciarse sobre una o varias decisiones gubernamentales de acuerdo a ciertas indicaciones previas. Cuando una norma es aceptada en el referéndum anterior, el Parlamento la convertirá en ley.

12) Referéndum post legem o posterior: Por medio de esta modalidad el pueblo se pronunciará sobre una ley aprobada y votada por las Cámaras (96).

De todas estas posibilidades, el referéndum en el Perú servirá para cuatro:

- La reforma total o parcial de la Constitución.

Las reglas sobre reforma constitucional prevén dos posibilidades en relación a esta materia: una con referéndum y otra sin él. La diferencia la establece el número de votos a favor que alcance la propuesta de reforma constitucional:

(96) MIRO QUESADA RADA, Francisco. *Democracia directa y Derecho Constitucional*. Lima, Artes y Ciencias editores, 1990, p. 109.

“Constitución de 1993, artículo 206.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas [...]”.

De tal manera que el fiel de la balanza para el procedimiento a seguir lo tiene la mayoría que se forme para aprobar la reforma constitucional, y también su voluntad política. Las posibilidades son las siguientes:

- a. La mayoría quiere someter la reforma a referéndum. El camino consiste en aprobar por una vez la modificación y someterla al pueblo para su ratificación en comicios. No importa cual sea el número de votos que haya recibido la modificación pero no puede ser menor de la mayoría absoluta del número legal de miembros del Congreso.
- b. La mayoría no quiere someter la reforma a referéndum. En ese caso, tratará de obtener tras de la propuesta más de dos tercios de los votos del Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas.
- c. Una tercera forma es que no haya una predilección especial de la mayoría por un trámite o el otro. Entonces, producida la primera votación, si hay mayoría absoluta en el Congreso, pero no más de dos tercios de los votos, entonces deberá ser sometida la propuesta a referéndum.
- d. Una cuarta forma es que tampoco haya predilección especial de la mayoría por uno u otro trámite, pero se obtenga en la primera votación más de dos tercios de los votos por la reforma. En ese caso, el Congreso puede decidir si ir a una segunda votación de dos tercios para no convocar a referéndum, o convocarlo luego de la primera aprobación.

A nosotros, sin embargo, nos parece coherente con el hecho de que la Constitución de 1993 haya sido ratificada por referéndum, que sus modificaciones también sigan el mismo procedimiento. Esta no es una exigencia de imperio jurídico, pero sí de recta manera de

hacer política. No obstante, ni la ley 26470 ni la 26472, las dos modificaciones hasta ahora realizadas y promulgadas ambas el 9 de junio de 1995, fueron hechas mediante referéndum.

- La aprobación de normas con rango de ley.

Consiste este derecho en que, mediante el referéndum, el pueblo apruebe una ley que deberá ser necesariamente promulgada. El referéndum sustituye la aprobación por votación que hace el Congreso.

En este aspecto, primero a raíz del intento de aprobar una ley que impidiera la privatización de Petroperú, y luego al iniciarse la recolección de firmas para someter a referéndum la derogación de la Ley de interpretación constitucional mediante la cual el Congreso determina que el Presidente Fujimori puede volver a postular a reelección el año 2000, se produjeron modificaciones a la Ley 26300 por el Congreso, signadas con el exclusivo propósito de que el pueblo no pudiera presentar la solicitud de referéndum y votar si aceptaba o no las propuestas que se le pensaba hacer. Con ello, se manipuló las decisiones legislativas referentes al sistema democrático y político, con el exclusivo fin de satisfacer los intereses políticos de la mayoría oficialista del Congreso y eso, estimamos, es reprochable constitucionalmente hablando porque las reglas de juego, sobre todo las políticas, no deben ser fijadas en función de los intereses inmediatos de quien gobierna, sino en función de un adecuado y sobre todo predeterminado diseño de competencias, derechos y deberes.

Las reglas originalmente establecidas por la Ley 26300 respecto de este tema fueron las siguientes:

«Ley 26300, artículo 11.- La iniciativa legislativa de uno o más proyectos de ley, acompañada por las firmas comprobadas de no menos del cero punto tres por ciento de la población electoral nacional, recibe preferencia en el trámite del Congreso. El Congreso ordena su publicación en el diario oficial».

«Ley 26300, artículo 16.- El Proyecto de Ley rechazado en el Con-

greso puede ser sometido a referéndum conforme a esta ley. Asimismo, cuando los promotores juzguen que al aprobarla se le han introducido modificaciones sustanciales que desvirtúan su finalidad primigenia podrán solicitar referéndum para consultar a la ciudadanía sobre su aprobación».

«Ley 26300, artículo 38.- El referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al diez por ciento del electorado nacional».

«Ley 26300, artículo 39.- Procede el referéndum en los siguientes casos:

[...]

- b) Para la aprobación de leyes, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.
- c) Para la desaprobación de leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia, así como de las normas a que se refiere el inciso anterior.

[...]”.

De esta manera, podían existir dos vías para plantear un referéndum de aprobación de norma legislativa:

- a. La primera era presentar un proyecto de ley al Congreso que, si era rechazado o desnaturalizado con la aprobación, entonces podía ser presentado a referéndum completando las firmas (de 0.3% que era la presentación de iniciativa de ley, a 10% del padrón electoral que es el requisito para solicitar el referéndum).
- b. La segunda era saltar al Congreso y presentar directamente la propuesta de referéndum con el 10% de las firmas del padrón electoral. En este caso, se hacía el referéndum y lo que saliera de él debía ser obedecido. Los congresistas no tenían nada que aprobar al respecto.

Cuando se conoció que sectores ciudadanos pensaban presentar una iniciativa de referéndum para aprobar una ley que impidiera la privatización de Petroperú, la mayoría del Congreso aprobó la ley 26592 del 17 de abril de 1996, que modificó estas reglas estableciendo una nueva norma para el artículo 16 de la Ley 26300 de la siguiente manera:

“Ley 26300, artículo 16 según la versión aprobada por la Ley 26592.- Todo referéndum requiere una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso, la misma que puede ser sometida a referéndum conforme a esta ley, siempre que haya contado con el voto favorable de no menos de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso».

Esta modificación obligaba a que antes de presentar la solicitud de referéndum para aprobar una ley, ella se votara en el Congreso y obtuviera no menos de los dos quintos del número legal de los congresistas. En otras palabras, el referéndum para aprobar leyes dejaba de ser un derecho ciudadano para pasar por el tamiz de la mayoría que, como en ese momento sabía que contaba con más de los tres quintos de los votos, hacía en la práctica imposible la existencia del referéndum sobre el caso Petroperú.

Hay que destacar que, sistemáticamente hablando, el artículo 16 de la Ley 26300 estaba ubicado en la parte referente a la aprobación de normas con rango de ley, que en ella era distinto al lugar sistemático en el que estaban contenidas las normas referentes a referéndum para la derogación de las leyes (autorizada como hemos visto por el inciso c del artículo 39 de la Ley 23506).

De pronto, el Congreso aprobó la ley 26657 del 23 de Agosto de 1996 que en su artículo único establece lo siguiente:

«Ley 26657, artículo Unico.- Interpretase de modo auténtico que la reelección a que se refiere el Artículo 112 de la Constitución, está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. En consecuencia, interpretase auténticamente, que en el cómputo no se tienen en cuenta retroactivamente, los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución.

La presente norma se ampara en el artículo 102 y en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución».

Apareció entonces en sectores de la sociedad civil la idea de presentar una petición de referéndum derogatorio de esta ley. Voceros del oficialismo dijeron que dicha propuesta debía primero recibir el voto de no menos de dos quintos de los congresistas de acuerdo a la versión que del artículo 16 de la ley 26300 había hecho la ley 26592, pero el Jurado Nacional de Elecciones emitió una resolución indicando que dicho artículo 16 era para las iniciativas de aprobación de leyes, no de derogatoria de las mismas.

Entonces, el Congreso de la República volvió a manipular el contenido de las reglas de juego del referéndum para favorecer sus intereses políticos directos y aprobó la ley 26670 del 11 de octubre de 1996 que, entre otras disposiciones, derogó el inciso c) del artículo 39 de la Ley 26300, con lo cual desapareció la posibilidad de interponer un referéndum derogatorio de normas con rango de ley. El único camino será en adelante presentar una propuesta de ley derogatoria, con lo cual ya se entra por el único camino posible que es el artículo 16 de la Ley 26300 y, consecuentemente, se exige el requisito previo de la obtención de no menos de dos quintos de los votos para el proyecto que será sometido a referéndum.

Esta sucesión de acomodados legislativos (y creemos que lo son en el sentido estricto de la palabra), no ha signado aún la suerte de un previsible referéndum sobre la ley 26657, pero sí ha limitado grandemente la posibilidad popular de plantear el referéndum para aprobación de leyes, al exigirle la votación mínima en el Congreso.

- También podrán ser aprobadas por referéndum las ordenanzas municipales que, como se sabe, son disposiciones generales de los gobiernos municipales. En relación a ellas no existe ninguno de los problemas que se presentan frente a las normas con rango de ley. La única situación grave es que el requisito del número de firmas es exactamente el mismo que para las leyes nacionales y, en la mayoría de los casos, los municipios peruanos no tienen, ni lejanamente, un millón doscientos mil ciudadanos. Por consiguiente, al exigirse ese número de firmas, en la práctica se está imposibilitan-

do el uso del referéndum para normas municipales. En esto se debió tomar un porcentaje flexible del número de ciudadanos de la circunscripción, tal como hace el inciso 5 del artículo 203 de la Constitución para el caso de interposición de la acción de inconstitucionalidad. Esta que comentamos es una seria deficiencia de la Ley 26300 que debería ser corregida cuanto antes. Sobre todo porque en el nivel municipal es donde mejor pueden ser utilizados los mecanismos de democracia directa.

- También podrán ser sometidas a referéndum las materias relativas al proceso de descentralización.

Desde el punto de vista constitucional, en la actualidad sólo se puede ver la aplicación del referéndum al caso planteado por el artículo 190 de la Constitución que dice:

“Constitución de 1993, artículo 190.- Las Regiones se constituyen por iniciativa y mandato de las poblaciones pertenecientes a uno o más departamentos colindantes. Las provincias y los distritos contiguos pueden asimismo integrarse o cambiar de circunscripción.

En ambos casos procede el referéndum, conforme a ley”.

Como se ha visto en los antecedentes, es el único caso en que la Constitución de 1979 admitía el referéndum. A raíz de ello, se dictó la Ley 24872 del 28 de junio de 1988, en la que se establecía las normas que regulaban la aplicación del artículo 260 de la Constitución de 1993. Esta ley está formalmente vigente pero, es de suponerse, cuando finalmente se dicte la legislación sobre regiones en el Perú (que según la octava disposición transitoria debió estar lista antes de fines de 1995) también se modificará el contenido de esta norma.

La Constitución establece también las materias sobre las que no se puede votar en referéndum:

- La supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona.

Los derechos fundamentales de la persona no pueden ser otros que los establecidos en todos los incisos del artículo 2 de la Constitución. Cabe preguntarse si también podrán ser considerados todos los demás que pueden recibir rango constitucional por el artículo 3, pero esto complicaría enormemente la definición porque estaríamos hablando de derechos escritos, no escritos y otros análogos a los existentes. Lo que sí es evidente, es que el constituyente no se dio cuenta de que, al hablar de los derechos fundamentales en esta parte final del artículo 32, incluía al artículo 3 de la Constitución. Tal vez ello sucedió porque, hasta un cierto momento del debate constitucional, el actual artículo 3 había sido eliminado del proyecto de constitución.

Sea como fuere, lo cierto es que el tema está deficientemente tratado y requiere interpretación. La más correcta en nuestro entender es considerar como derechos fundamentales sólo a los del artículo 2. Sin embargo, tampoco descartaríamos la idea de que, vía interpretación jurisprudencial, se incluyeran como derechos fundamentales algunos otros que no se hallan en la norma que proponemos sino en el artículo 139. En verdad, algunos hubieran estado mejor en la primera parte de la Constitución que en la de Poder Judicial.

- Las normas de carácter tributario y presupuestal.

Con un cuidado explicable y razonable, la Constitución impide que el pueblo se pronuncie sobre los ingresos y gastos del Fisco porque, como resulta obvio, se podrían cometer inmensos desmanes y arbitrariedades si las mayorías tuvieran acceso directo a determinar las normas que las regulan. En estos casos los votantes serían juez y parte de manera directa e inmediata y, lo más probable, es que los impuestos disminuyeran drásticamente y el presupuesto careciera de orden y concierto. Son dos decisiones que, efectivamente, no pueden ser democratizadas por su contenido. Además, en relación a ellas, cabe recordar que la lucha histórica de los demócratas no fue someterlas a voto directo del pueblo, sino a escrutinio parlamentario, órgano que tendría la decisión final. Estimamos que así debe quedar el punto.

- Los tratados internacionales en vigor.

Tampoco estos tratados deben ser sometidos a referéndum porque son compromisos formales del Estado en la sociedad internacional y no pueden quedar al vaivén de aprobaciones que, muchas veces, podrían ser de ocasión.

Sí, en cambio, es perfectamente posible someter a referéndum la ratificación de un tratado, para que no sólo sea aprobado por los representantes, sino por el pueblo mismo, lo que le da mayor vigor.

Como hemos dicho, los aspectos procesales del referéndum, fueron dejados por la Constitución a la ley. Las normas, en adición a las que ya hemos comentado sobre las iniciativas legislativas, están en la Ley 26300 que establece:

«Ley 26300, artículo 38.- El referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al diez por ciento del electorado nacional».

Sobre la base del padrón electoral existente en el momento de escribirse estas líneas, el 10% solicitado equivale a algo más de un millón doscientas mil firmas. Sobre el tema dice Milagros Maraví (antes de las leyes modificatorias a las que hemos hecho alusión:

El porcentaje exigido, que en términos del Derecho Comparado no es excesivamente alto, sí lo es para el país y debería reducirse a la mitad, teniendo en cuenta que en el Perú existen organizaciones sólidas que podrían promoverlo -por ejemplo las organizaciones populares o gremiales a nivel nacional- pero que en ningún caso cuentan con esa población. Además, es incoherente que se solicite el mismo porcentaje de ciudadanos para la aprobación o desaprobación de leyes, que para las normas regionales y las ordenanzas municipales (97).

(97) MARAVI SUMAR, Milagros. *Las instituciones de la democracia directa en la Constitución de 1993*. VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 121.

Coincidimos plenamente con sus apreciaciones. Además, el costo económico y organizativo que requiere recoger más de un millón de firmas es verdaderamente enorme y está fuera del alcance de la mayoría de las organizaciones y las personas del país. En la práctica, pone el referéndum sólo al alcance de muy pocos, generalmente poderosos.

«Ley 26300, artículo 42 según versión de la Ley 26670.- El resultado del referéndum determina la entrada en vigencia de las normas aprobadas, siempre que hayan votado en sentido favorable a la consulta la mitad más uno de los votantes, sin tener en cuenta los votos nulos o en blanco. El Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad de un referéndum cuando los votos nulos o en blanco, sumados o separadamente, superan los dos tercios del número de votos emitidos».

La regla es razonable porque permite contabilizar sólo a los que positivamente votaron por el sí o por el no y de entre ellos sacar la mitad más uno de los votantes. No menos razonable es la norma según la cual dos tercios de votos nulos o en blanco anulan la voluntad que podría haberse emitido en el referéndum convocado.

«Ley 26300, artículo 43.- Una norma aprobada mediante referéndum no puede ser materia de modificación dentro de los dos años de su vigencia, salvo nuevo referéndum o acuerdo del congreso en dos legislaturas con el voto de dos tercios del número legal de congresistas. Si el resultado del referéndum deviene negativo no podrá reiterarse la iniciativa hasta después de dos años».

Las dos caras de la norma son correctas: lo aprobado por referéndum debe tener cierta estabilidad en el tiempo para que el sistema de democracia directa sea creíble. Dos años parece razonable. También lo es que un nuevo referéndum modifique el anterior, o que el Congreso lo haga por un procedimiento que es casi el mismo de modificación constitucional: dos tercios de los votos en dos legislaturas. En ese caso quiere decir que hay un sólido consenso en la necesidad de modificar la norma.

Lo inverso también es correcto: si el referéndum votó mayoritariamente por el no, entonces se corta el camino a una iniciativa similar. Dos años vuelve a ser un plazo razonable en nuestro criterio.

«Ley 26300, artículo 44 según la versión de la ley 26670.- La con-

vocatoria a referéndum corresponde ordenarla a la autoridad electoral después de acreditadas las respectivas iniciativas. El Presidente del Consejo de Ministros, bajo responsabilidad, ejecutará la orden convocando al referéndum dentro de los seis meses de la publicación de la resolución de la autoridad electoral admitiendo la iniciativa. Esta convocatoria no puede ser postergada en base al Artículo 45 de esta ley».

Es adecuado que la convocatoria la haga la autoridad electoral que es autónoma de los poderes políticos. También es razonable el plazo que tiene el Presidente del Consejo de Ministros, aunque tal vez la mitad en extensión habría sido suficiente. Ocurre, sin embargo, que organizar un referéndum para la cantidad de votantes que tiene el Perú puede ser complicado y costoso. En todo caso, lo democrático será que el Presidente del Consejo de Ministros tome el plazo que necesita y no que lo alargue sistemáticamente hasta el máximo posible.

«Ley 26300, artículo 47 según la versión de la ley 26670.- Las iniciativas normativas que deriven en la expedición de una ordenanza, ley o disposición constitucional, y las peticiones de revocatoria o remoción que concluyan con la separación del cargo de una autoridad, así como las iniciativas de referéndum que culminen aprobando la iniciativa legislativa rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso, otorgan derecho a los promotores de la iniciativa para solicitar reembolso de los gastos efectuados ante la autoridad electoral, así como para su difusión, conforme a las posibilidades presupuestales de los recursos del Jurado Nacional de Elecciones y en la forma que éste lo decida».

La regla de reembolso de los gastos es equitativa.

72. Artículo 33

«Artículo 33.- El ejercicio de la ciudadanía se suspende:

- 1. Por resolución judicial de interdicción.*
- 2. Por sentencia con pena privativa de la libertad.*
- 3. Por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos.»*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Las causales de suspensión o pérdida de la ciudadanía han sido diversas a lo largo de nuestra historia constitucional escrita. Una síntesis, en la cual hemos agrupado en sus géneros principales a las diversas normas dictadas, es la siguiente (la redacción y el contenido exacto de cada dispositivo no se halla en cada parte sino sólo ideográficamente):

- 1.- Por incapacidad, conforme a ley. (Constitución de 1856, artículo 39; Constitución de 1860, artículo 40; Constitución de 1867, artículo 41; Constitución de 1920, artículo 63; Constitución de 1933, artículo 85).
- 2.- Por no haber cumplido veinte y un años de edad, no siendo casado. (Constitución de 1828, artículo 6; Constitución de 1834, artículo 4).
- 3.- En los casos de personas que por ineptitud física o moral no puedan obrar libremente. (Constitución de 1823, artículo 24; Constitución de 1839, artículo 9).
- 4.- Por demencia. (Constitución de 1826, artículo 18; Constitución de 1828, artículo 6; Constitución de 1834, artículo 4).
- 5.- Por hallarse sometido a juicio de quiebra, o ser deudor quebrado, o deudor moroso en diversas circunstancias según cada Constitución. (Constitución de 1823, artículo 24; Constitución de 1826, artículo 18; Constitución de 1828, artículo 6; Constitución de 1834, artículo 4; Constitución de 1834, artículo 5; Constitución de 1839, artículo 9; Constitución de 1839, artículo 10; Constitución de 1856, artículo 39; Constitución de 1856, artículo 40; Constitución de 1860, artículo 40; Constitución de 1860, artículo 41; Constitución de 1867, artículo 41; Constitución de 1867, artículo 42).
- 6.- Por no tener empleo, oficio o modo de vivir conocido. (Constitución de 1823, artículo 24).
- 7.- En los procesados criminalmente, en algunos casos con orden de detención y en otros sin que concurra este requisito. (Constitución de 1823, artículo 24; Constitución de 1826, artículo 18; Constitución de 1828, artículo 6; Constitución de 1834, artículo 4; Constitución de 1839, artículo

9; Constitución de 1856, artículo 39; Constitución de 1860, artículo 40; Constitución de 1867, artículo 41; Constitución de 1920, artículo 63; Constitución de 1920, artículo 63).

8.- Por ejecución de sentencia que imponga pena privativa de la libertad. (Constitución de 1933, artículo 85).

9.- Por sentencia judicial que disponga la pérdida de ciudadanía. (Constitución de 1856, artículo 40; Constitución de 1860, artículo 41; Constitución de 1867, artículo 42; Constitución de 1920, artículo 63).

10.- En los casados que sin causa abandonen a sus mujeres, o que notoriamente falten a las obligaciones de familia, o que estén divorciados por culpa suya. (Constitución de 1823, artículo 24; Constitución de 1828, artículo 5; Constitución de 1834, artículo 4; Constitución de 1839, artículo 9; Constitución de 1856, artículo 39; Constitución de 1860, artículo 40; Constitución de 1867, artículo 41).

11.- En los jugadores, vagos, ebrios, truhanes, y demás que con su vida escandalosa ofendan la moral pública. (Constitución de 1823, artículo 24; Constitución de 1826, artículo 18; Constitución de 1828, artículo 5; Constitución de 1834, artículo 4; Constitución de 1839, artículo 9; Constitución de 1856, artículo 39; Constitución de 1860, artículo 40; Constitución de 1867, artículo 41).

12.- Por comerciar sufragios en las elecciones. (Constitución de 1823, artículo 24; Constitución de 1826, artículo 18).

13.- Por el tráfico de esclavos en diversas circunstancias. (Constitución de 1828, artículo 5; Constitución de 1856, artículo 40; Constitución de 1860, artículo 41; Constitución de 1867, artículo 42).

14.- Por sentencia que imponga pena infamante. (Constitución de 1828, artículo 5; Constitución de 1834, artículo 5; Constitución de 1839, artículo 10; Constitución de 1856, artículo 40).

15.- Por el hecho de rebelión con armas, o por sedición popular contra el Gobierno y autoridades constituidas. (Constitución de 1839, artículo 10).

16.- Por aceptar empleos, títulos, o cualesquiera gracias de otra nación,

sin permiso del Congreso. (Constitución de 1828, artículo 5; Constitución de 1834, artículo 5; Constitución de 1839, artículo 10; Constitución de 1860, artículo 41; Constitución de 1867, artículo 42).

17.- Por recibir cualquier título de nobleza ó condecoración monárquica. (Constitución de 1856, artículo 40).

18.- Por obtener ó ejercer el derecho de ciudadanía en un Estado monárquico. (Constitución de 1867, artículo 42).

19.- Por la naturalización en otro Estado o por ejercitar una nacionalidad extranjera. (Constitución de 1828, artículo 6; Constitución de 1834, artículo 4; Constitución de 1839, artículo 10; Constitución de 1856, artículo 40; Constitución de 1860, artículo 41; Constitución de 1867, artículo 41).

20.- Por profesión religiosa. A veces, con el cumplimiento de ciertos requisitos se puede volver a obtener la ciudadanía en este caso. (Constitución de 1828, artículo 5; Constitución de 1834, artículo 4; Constitución de 1839, artículo 10; Constitución de 1856, artículo 40; Constitución de 1860, artículo 41; Constitución de 1933, artículo 85).

21.- Por la condición de sirviente doméstico. (Constitución de 1823, artículo 24).

22.- Por ser miembro de la fuerza armada mientras se halle en servicio. (Constitución de 1933, artículo 87).

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo antecedente de la Constitución de 1979 al que comentamos, es el siguiente:

“Artículo 66.- El ejercicio de la ciudadanía se suspende:

1.- Por resolución judicial de interdicción.

2.- Por sentencia que impone pena privativa de la libertad. Y

3.- Por sentencia que lleva consigo la inhabilitación de los derechos políticos”.

La redacción de ambas normas varía levemente, pero el significado normativo es idéntico.

Análisis exegetico

Este artículo suspende el ejercicio de la ciudadanía. Esto quiere decir que quienes caen en sus supuestos siguen siendo ciudadanos, pero no pueden ejercitar sus derechos políticos. Por la naturaleza de las causales, algunas veces la suspensión será temporal y otras permanente. Las causales establecidas son tres:

- La primera es la resolución judicial de interdicción. Alude ella a la declaración de incapacidad civil de la persona que, como hemos visto, está estrechamente vinculada al ejercicio de los derechos políticos. El voto, concretamente, tiene norma expresa: "Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil" ha dicho el artículo 31.

La capacidad civil se adquiere según lo establecido en los artículos 42 y 46 del Código Civil. Sin embargo, como el artículo 30 de la Constitución exige necesariamente dieciocho años cumplidos para ser ciudadano, es evidente que quienes adquieran capacidad civil antes de dicha edad según el artículo 46 del Código Civil, no serán sin embargo aún ciudadanos.

La capacidad civil puede ser retirada mediante resolución judicial en el caso de quienes, cumpliendo los requisitos para ser plenamente capaces (cuya regla general, repetimos, es haber cumplido dieciocho años), caen en alguna de las causales de incapacidad indicadas en los artículos 43 y 44 del Código Civil.

Las reglas específicas del procedimiento de interdicción se hallan entre los artículos 581 y 584 del Código Procesal Civil.

- La segunda causal es la sentencia con pena privativa de la libertad. Esta se aplica mediante sentencia condenatoria en proceso penal debidamente conducido. La pena privativa de la libertad tendrá una duración mínima de dos días hasta cadena perpetua, dice el artículo 29 del Código Penal, según la modificatoria establecida por el Decreto ley 25475 del 05 de mayo de 1992. Debe entenderse que la

suspensión de la ciudadanía existe mientras la pena se purga. En el caso de cadena perpetua la persona no recuperará su ciudadanía, salvo por revisión, amnistía o indulto.

- La tercera causal es sentencia con inhabilitación de los derechos políticos. Nuevamente estamos ante una sentencia penal que debe ser dictada según el debido proceso.

El Código Penal prevé inhabilitaciones de diverso tipo en su artículo 36. De los siete incisos allí considerados, el aplicable a nuestro caso es el tercero:

“Código Penal, artículo 36.- La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

[...]

3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia.

[...]”.

De esta manera, los derechos suspendidos deberán constar expresamente en el texto de la sentencia condenatoria. Se entiende que los no inhabilitados seguirán en vigencia para el reo. La sentencia deberá determinar, también, el plazo de la inhabilitación.

Al haber establecido la Constitución la lista expresa de causales de suspensión de la ciudadanía, se entiende que no puede haber otras, salvo por modificación constitucional. Esta reflexión es importante porque vincula a este artículo con el 31 en la parte que declara nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

Si se pretendiera que alguien tiene su ciudadanía suspendida por causas que no son las establecidas en este artículo (o que la tiene inhabilitada por causal distinta a la del artículo 34), entonces se estará incurriendo en aquella conducta que se declara nula y punible.

73. Artículo 34

«Artículo 34.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad no pueden elegir ni ser elegidos. No existen ni pueden crearse otras inhabilitaciones.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

En realidad, antecedentes de este artículo existen en disposiciones comentadas a propósito de normas circundantes a la que ahora tratamos. Sin embargo, la regla que más directamente puede ser considerada como antecedente es la siguiente:

“Constitución de 1933, artículo 87.- No pueden votar los que tengan en suspenso el ejercicio de la ciudadanía y los miembros de la fuerza armada mientras se hallen en servicio. No hay otras inhabilitaciones”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo antecedente de éste que comentamos era el siguiente en la Constitución de 1979:

“Artículo 67.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en servicio activo, no pueden votar ni ser elegidos. No existen ni pueden crearse otras inhabilitaciones”.

El texto varía ligeramente pero el significado normativo de este artículo de la Constitución de 1979 y del 34 de la Constitución de 1993 es idéntico.

Análisis exegético

Como hemos visto, sólo a partir de la Constitución de 1933 se establece específicamente la norma de que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad no pueden elegir ni ser elegidos. Puede ser tomada como una constante de este siglo.

Hay que notar que el artículo es completamente asistemático en el

contexto de la Constitución actual por la siguiente razón: los derechos ciudadanos mínimos que hemos visto (y que veremos aún en el artículo 35), son los de elegir, ser elegido, participar en referéndum, revocación, remoción, solicitud de rendición de cuentas, iniciativa legislativa y militancia en organizaciones políticas. Cada uno de ellos tiene una fisonomía propia y distinta de la de los demás, como hemos visto.

La pretensión de este artículo es marginar a los militares y policías en servicio activo de todos esos derechos pero, deficientemente, sólo menciona los de elegir y ser elegido.

Sería en efecto ilógico que estas personas pudieran participar en las votaciones no electivas y estuvieran prohibidas de participar en éstas, porque en realidad en todo ello se discute y ejerce política. Menos aún sería pensable que tuvieran participación activa y legítima en organizaciones políticas. Puede verse la incongruencia de la disposición con su contexto normativo dentro de la misma Constitución.

Por ello consideramos que lo que debería establecerse es la suspensión de la ciudadanía por esta causa. Es cierto que en ese caso estas personas figurarían al lado de los penados y de los interdictados, pero toda analogía es imposible: aquí no se trata de suspender la ciudadanía por defectos personales, sino por el significado que tiene el pertenecer a la fuerza pública del Estado.

Nosotros pensamos, y hemos sostenido por escrito ya antes, que el fundamento que se da para negar el voto a los militares es equivocado. Se dice que de esta manera no se ocuparán de la política y quedarán recluidos en sus cuarteles.

La historia que corre desde 1990, y particularmente desde el 5 de abril de 1992 en el Perú, demuestra que los militares sí tienen una activa participación y que sí eligen a sus gobernantes, aunque no por los medios democráticos. El golpe de Estado de 1992 hubiera sido simplemente imposible si el Presidente Constitucional de entonces no se hubiera podido apoyar en la fuerza pública.

Creemos que de los derechos ciudadanos, el militar y el policía en servicio activo deben tener siempre los derechos que significan ejercer el

voto, sea para elegir, o para participar en el referéndum, la remoción, la revocación o la rendición de cuentas. Creemos, más bien, que no debe tener ni el derecho a ser elegido, ni el de participar en organizaciones políticas.

Con el lenguaje propio de la polémica y de la exposición oral, consta nuestra opinión en un texto de 1993:

Somos partidarios de que los militares voten en elecciones generales, aunque no deben poder postular ni participar en partidos políticos si están en servicio activo. Los militares votan (el 5 de abril de 1992 a las 23 horas escuchamos sobre su voto) aunque lo hacen heterodoxamente. Pensar que no tienen opinión política individual es erróneo, y considerar que no son afectados por el gobierno que sea elegido es falso. Creemos que sería bueno cambiar estas cosas y probar. Si no funciona se corrige. Lo malo es pensar siempre que el anterior fue el último golpe de Estado, y apoyar la cabeza en la almohada con la seguridad de que la restricción del voto militar los impedirá a futuro, cosa que la historia demuestra palpablemente como falsa (98).

Y una de las pruebas de que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional ejercen la política es que, según el artículo 124 de la Constitución, pueden ser ministros de Estado, lo que por lo demás no viene sino a sancionar una práctica antigua en el Perú y para todos los gobiernos, civiles o militares.

Desde luego, la inhabilitación que tratamos, en realidad una suspensión, como hemos visto, afecta sólo al personal en servicio activo. Cuando esta condición termina según las normas militares, entonces la persona retoma plenamente sus derechos ciudadanos e, inclusive, cambia su carnet de identificación institucional por una libreta electoral luego de inscribirse en el padrón electoral.

(98) RUBIO, Marcial. *Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución peruana*. OBANDO ARBULU, Enrique (editor). *Fuerzas Armadas y Constitución*. Lima, Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI), 1993, pp. 55-56.

Hacemos énfasis en este aspecto porque en muchas oportunidades durante los últimos años, los Tribunales Militares han condenado a diversas penas a militares en retiro que hicieron uso de su libertad de expresión y opinión en asuntos públicos, arguyendo el incumplimiento de deberes castrenses.

Desconocen estas sentencias que la ciudadanía es una condición jurídica y política que va más allá de los intereses y las opciones institucionales de cualquier órgano del Estado, por respetable que sea. La norma que prima y debe ser aplicada no es otra que la Constitución que dice, taxativamente que fuera de la inhabilitación comentada a los miembros en servicio activo, no puede haber otra inhabilitación. Para efectos de estas puniciones, se ha venido utilizando ciertos tipos delictivos considerados en el Código de Justicia Militar bajo la categoría de ultraje a las Fuerzas Armadas, insulto al superior, desobediencia y falsedad genérica. No se puede, en recta comprensión del Derecho, agraviar los derechos ciudadanos de los militares y policías retirados con normas de naturaleza penal y de rango inferior a la Constitución.

Creemos que los órganos del Estado competentes, en particular el Congreso y la Defensoría del Pueblo, deberían estudiar la situación y proponer la corrección necesaria a las normas legales vigentes, para que el militar en retiro sea un ciudadano pleno y no uno permanentemente amenazado por la peculiar manera de aplicar el Derecho que tienen los tribunales militares.

Durante la mayor parte del siglo XX los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional no han podido ejercer el derecho de elegir y de ser elegidos. Esta prohibición forma parte de una concepción según la cual la privación de derechos electorales a los elementos castrenses los alejará de la inquietud política.

La historia ha contradicho esta hipótesis porque la irrupción militar en la vida política nacional, tanto del Perú como de otros países, ha ocurrido aunque carezcan del voto. La última vez, fue en el Perú el 5 de abril de 1992, día en el que al lado de la decisión del Presidente de establecer un Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, se hizo público un comunicado del Comando Conjunto de la Fuerza Armada respaldando la medida en un pronunciamiento claramente político a pesar de

estar recubierto de un aparente sometimiento a la decisión del Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.

Haciendo una revisión somera de los derechos ciudadanos, podemos ver que se en sus visión más genérica pueden ser reducidos a tres ámbitos:

- Elegir, es decir, votar por candidatos a representantes. Este derecho es inhabilitado por este artículo. Hay sin embargo quienes estiman que sería interesante reconocer el derecho de elegir a los medios castrenses, creando condiciones para que sea ejercitado individual y no corporativamente. Esto significaría que no pueda hacerse campaña política en sus ambientes, y que en tanto votantes, los militares y policías sean dispersados en ánforas en las cuales no pueda averiguarse el sentido de su voto. Nosotros participamos de esta posición porque consideramos que los militares y los policías tienen intereses políticos concretos como personas pertenecientes a la sociedad y, por consiguiente, no deben ser marginados del derecho de elegir. Además, desde luego, tenemos la convicción que comparte todo observador medianamente interesado de la política, de que militares y policías tienen interés cotidiano, discuten y piensan en política.

Desde luego, hay que crear las condiciones para que el derecho de voto no pueda representar bajo forma alguna (real o formalizada) una opinión corporativa. Esto es un asunto técnico que puede muy bien diseñarse y, dado el caso, corregirse en sus defectos.

- Ser elegido. Indudablemente, un militar o policía en servicio activo no podría hacer compatibles su servicio activo y la responsabilidad política. Por lo tanto, es razonable que mientras se halle en servicio activo se le inhabilite la elección.
- Participar en organizaciones políticas, en los términos del artículo 35 de la Constitución. Tampoco parece razonable que este derecho les pueda ser reconocido, desde que de hecho permitiría actuación corporativa y, lo que es peor, posiblemente en banderías distintas.

De este breve recuento resulta claro para nosotros que no cabe

duda de la pertinencia de limitar el derecho de pertenecer a organizaciones políticas y de ser elegido. Puede discutirse la razonabilidad de negar el derecho de elegir.

En esta parte del análisis es útil recordar que, según el artículo 124 de la Constitución, parte final, «*Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional pueden ser ministros*». La norma se ha establecido para dar institucionalidad a la costumbre de que cuando menos uno o dos ministerios (el de Defensa y durante muchos años también el de Interior) sean detentados por oficiales generales en servicio activo. En algún momento se discutió si quien tenía suspendidos los derechos ciudadanos podía ejercitar un cargo de responsabilidad política y para evitar discusiones en torno a una laguna del Derecho, se dictó la norma que hemos transcrito.

74. Artículo 35

«Artículo 35.- Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica.

La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El tema de los partidos políticos tiene antecedente, punitivo, en la Constitución de 1933. La norma dijo:

“Constitución de 1933, artículo 53.- El Estado no reconoce la existencia legal de los partidos políticos de organización internacional. Los que pertenecen a ellos no pueden desempeñar ninguna función política”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos que son precedente en la Constitución de 1979 en referencia al que ahora comentamos de la Constitución de 1993 son los siguientes:

“Artículo 68.- Los partidos políticos expresan el pluralismo democrático. Concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres, dentro del respeto a la Constitución y la ley.

Todos los ciudadanos con capacidad de voto tienen derecho de asociarse en partidos políticos y de participar democráticamente en ellos”.

“Artículo 70.- El Estado no da trato preferente a partido político alguno. Proporciona a todos acceso gratuito a los medios de comunicación social de su propiedad, con tendencia a la proporcionalidad resultante de las elecciones parlamentarias inmediatamente anteriores”.

Ambas Constituciones establecen el principio de que los ciudadanos pueden ejercitar sus derechos no sólo individualmente (cosa ya garantizada por el artículo 31 en el caso de la Constitución de 1993), sino también organizados en partidos políticos. Sobre este último tema, la Constitución de 1993 añade que también se puede participar a través de movimientos o alianzas, pero ésta es una especificación de organicidad política ya existente como legítima en la legislación electoral. No es por tanto, en sentido estricto, una innovación de la Constitución de 1993.

Las dos Constituciones sostienen también el principio de que las organizaciones políticas concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular.

Con expresión bastante distinta, ambas Constituciones coinciden en establecer que debe existir democracia interna en los partidos políticos.

La Constitución de 1993, en su segundo párrafo, añade norma no existente en la Constitución de 1979, en referencia a la necesidad que la ley contenga normas que garanticen la transparencia sobre el origen de los recursos económicos de los partidos. Este es un tema largamente debatido en el Perú y es la primera vez que se dicta una norma al respecto, bastante genérica como podemos apreciar.

También la Constitución de 1993 establece textualmente que la inscripción de los partidos en el registro de organizaciones políticas del Jurado Nacional de Elecciones les concede personalidad jurídica. Si bien esto existía ya en la legislación electoral con anterioridad, no se le había dado rango constitucional, lo que es importante para garantizar la institucionalidad de los partidos.

Finalmente, ambas Constituciones reconocen el acceso gratuito de las organizaciones políticas a los medios de comunicación social de propiedad del Estado. La Constitución de 1979 otorgaba tal derecho *con tendencia a la proporcionalidad resultante de las elecciones parlamentarias inmediatamente anteriores*. La de 1993 lo otorga *en forma proporcionada al último resultado electoral general*. Como puede apreciarse en el comentario exegético que hacemos a este dispositivo, es poco claro, y contrasta con lo apropiado que era el parámetro de medición establecido en la Constitución de 1979.

El tratamiento de la Constitución de 1979 incluía normas sobre los partidos que no existen en la de 1993. Las principales son:

- Que los partidos políticos expresan el pluralismo democrático.
- Que son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía.
- Que *corresponde* a los partidos políticos o alianzas de partidos postular candidatos en cualquier elección popular.
- Que la creación de partidos políticos y el ejercicio de su actividad son libres, dentro del respeto a la Constitución y la ley.
- Que los partidos políticos inscritos tienen acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado durante las campañas electorales.

Todos estos mandatos existen, desde luego, en las leyes electorales

vigentes. Sin embargo, consideramos equivocado retirarlos de la Constitución porque, si están consagrados en su texto, adquieren rango superior y, por consiguiente, no pueden ser retirados o recortados mediante modificación legislativa.

En todo caso, como se puede ver del comentario dedicado al artículo 35 de la Constitución de 1993 que hacemos, ya en las elecciones de 1995 se privó a los partidos del acceso a los medios de comunicación del Estado, cosa que no tenía precedente en los quince años anteriores.

El retiro de estos artículos de la Constitución, se debe a la inclinación de la mayoría del Congreso Constituyente de 1993, contraria o en todo caso distante de los partidos políticos existentes, en la escena política de aquellos años.

Análisis exegético

Durante la primera parte de la historia del Estado liberal, no existieron partidos políticos y, muchas veces, fueron expresamente proscritos. Se sostenía que tendían a desnaturalizar la libre expresión de la voluntad nacional con posiciones de facción. Inglaterra fue la más tolerante y permitió que, con el transcurso del tiempo, los partidos tradicionales Liberal y Conservador fueran desarrollándose en el seno de su vida parlamentaria (el partido Laborista irrumpiría mucho más tarde, recién a partir del siglo XX en la vida política inglesa).

En el Perú, puede decirse que existen válidamente a partir de los años cincuenta. El APRA y el Partido Comunista existieron de hecho desde antes y en ciertas circunstancias participaron en política, pero fueron duramente perseguidos hasta el inicio del segundo gobierno de Manuel Prado en 1956. Desde la década de 1870 hubo en el Perú el Partido Civil. Caducó en las elecciones de 1931. Sin embargo, fue una organización muy particular, distinta de los partidos que hemos visto actuar en la segunda mitad del siglo XX, tal vez porque la manera de hacer política varió, y porque durante este siglo irrumpieron con fuerza en las decisiones electorales los grupos sociales postergados.

El ciudadano puede, así, participar en política bien individualmente (presentando candidaturas, votando, haciendo conocer su opinión, etc), o

a través de organizaciones, esto es, agrupándose con otras personas para hacer fuerza de la unión. Durante el siglo XIX fue frecuente ver personalidades destacadas que actuaban en política exclusivamente en base a su nombre y prestigio. En las últimas décadas, sin embargo, la vida se ha vuelto tan compleja que siempre se necesita de organizaciones para participar en política. Esto es cierto aún para líderes tan personalizados como el Sr. Alberto Fujimori en el Perú, que a lo largo de los años de 1990 fundó dos organizaciones que coexistieron bajo su mando: Cambio 90 y Nueva Mayoría.

Según el primer párrafo de la Constitución, los ciudadanos pueden ejercer sus derechos políticos a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Esto nos lleva a definir los conceptos.

El partido político es, en esencia, una agrupación organizada de personas, con militantes, dirigentes, una orientación ideológica y unas formas de acción que buscan ejercitar el poder político del Estado para, desde allí, impulsar su proyecto de sociedad.

Esta caracterización tiene el aspecto positivo de describir lo esencial de un partido político, pero no lo califica en absoluto: están incluidos el partido que ganó las últimas elecciones, y también el partido que mediante la subversión o el terrorismo busca destruir el Estado existente y construir otro a su medida.

Por consiguiente, al lado de la definición sociológica de partido, existe una definición jurídica. Por eso la constitución habla de ejercicio de derechos a través de organizaciones políticas *conforme a ley*.

No toda organización que puede ser definida como partido desde el punto de vista sociológico, llega a ser tal cosa desde el punto de vista jurídico. Para ello tendrá que cumplir ciertos requisitos. Estimamos que los esenciales son los siguientes:

- Los partidos son organizaciones que se inscriben en el registro de partidos conforme lo establecen las leyes. Tienen institucionalidad y vocación de permanencia.
- Se dirigen al pueblo para captar su apoyo y acumular fuerzas para ejercitar el poder del Estado.

- Generan, agregan, transforman y articulan intereses de los ciudadanos a fin de acumular representación y poder para actuar en política.
- Actúan de acuerdo a las reglas existentes del sistema político. En el caso nuestro, deben concordar en declaraciones y hechos con la conducta democrática.
- Orientan la conciencia y actuación política del pueblo.
- Participan en elecciones y todo tipo de votaciones, como medios eficientes de logro de poder y representación formal dentro del Estado. En este sentido, contribuyen a formar y expresar la voluntad popular.

Los partidos no son solamente entidades individuales que actúan aislados unos de los otros. Por el contrario, dentro de la democracia compiten e interactúan entre sí de manera que conforman lo que se llama un *sistema de partidos*. Dice Lynch al respecto:

El estudio de la interacción entre los actores partidarios y de su capacidad de representar a la ciudadanía adquiere sentido porque sus resultados pueden ser indicadores importantes del grado de institucionalización de los partidos políticos. La institucionalización refiere a los partidos como conjunto y significa: la existencia de patrones relativamente permanentes de competencia interpartidaria que resultan en electorados estables para los partidos políticos, formas de relación con la ciudadanía que llevan a una fuerte identificación con el conjunto partidario y con los partidos específicos, un camino conocido y reglamentado de acceso al poder que suele ser por su certidumbre procedimental la vía democrática, y la preeminencia de las organizaciones sobre los jefes políticos (99).

(99) LYNCH, Nicolás. *Los partidos políticos como objeto válido de estudio en el Perú actual*. En *Socialismo y Participación*. Lima, Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación-CEDEP-, Marzo de 1996, número 73. pp. 35-36.

Francisco Guerra García, por su parte, menciona otro aspecto:

[...] desde nuestro punto de vista, una de las características definitorias de un sistema de partidos, en el sentido fuerte del concepto, es la centralidad de las formaciones partidarias en el cumplimiento de las funciones de mediación política no solamente en el manejo del gobierno y en la tarea parlamentaria, sino en el impulso y orientación de la vida política nacional (100).

El sistema de partidos es así un espacio de vida política dentro de la democracia. La Constitución sólo se refiere a los partidos en el artículo 35 y podría correrse el riesgo de regularlos individualmente, como personas jurídicas, sin dar la debida importancia a las reglas de su interacción. Consideramos que en una ley de partidos, debiera incluirse la perspectiva del sistema de partidos, a fin de dictar las normas de la manera más integral posible.

Además de los partidos, la Constitución menciona a los movimientos políticos. Son estas agrupaciones de ciudadanos destinadas a participar en un cierto evento político como una protesta, una demanda al gobierno o una elección. Carecen de organización interna y, muchas veces, también de una ideología declarada. Más bien, suelen seguir a algún líder prominente que los nuclea, para alcanzar algún puesto de gobierno a obtener mediante votación popular. Son efervescencia de momento y, al poco tiempo, o bien desaparecen, o bien se convierten en partidos políticos de forma orgánica. La figura del caudillo, y la idea del caudillismo, son características de casi todos los movimientos que aparecen y desaparecen.

Finalmente, están las alianzas que son pactos de colaboración entre partidos o movimientos diversos a fin de unir fuerzas en vísperas de una elección o para ejercitar el poder. Las alianzas tienden a formarse entre los partidos que no pueden ganar por sí solos las elecciones y, por lo tan-

(100) GUERRA GARCIA, Francisco. *Cuatro notas sobre la representación política y la crisis de los partidos en el Perú*. En *Socialismo y Participación*. Lima, Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación-CEDEP-, Marzo de 1996, número 73, p. 22.

to, suman fuerzas con una posición y una candidatura común. A veces, incluso, la fuerza dominante establece alianzas con agrupaciones menores, con la finalidad de no dar una imagen de fuerza excluyente dentro del Estado.

La existencia de estas tres formas orgánicas de participación política en la Constitución es muy importante porque permite variadas fórmulas de funcionamiento para la participación popular organizada.

Señala la Constitución que las organizaciones políticas concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, para lo cual, realizan las siguientes actividades principales:

- Reunir a ciudadanos organizadamente para expresar posiciones políticas colectivamente. Como podrá fácilmente apreciarse la organización política está íntimamente conectada a ciertos derechos fundamentales de las personas que participan en ellas: derecho de reunión, de participación, y de asociación entre otros.

Crear condiciones para que la afiliación de los ciudadanos en organizaciones políticas pueda realizarse de manera fluida, fortalece el sistema de partidos porque hace que cada uno de ellos pueda echar verdaderas raíces en la sociedad. Este es un aspecto importante para la superación de las deficiencias que hemos encontrado en nuestra realidad política.

- Comunicar sus puntos de vista a la sociedad para atraerla hacia sus posiciones políticas y su organización. También la conexión con los derechos de opinión y expresión de las personas es clara en este aspecto.

La democracia supone participación activa y discusión política abierta. Sin ellas no existe por más que las formas electorales sean cumplidas. Los partidos tienen que poder comunicarse con la población para fortalecer el sistema democrático. Por consiguiente, este es otro aspecto que requiere especial consideración al dictar las normas del caso. Es más: la comunicación de los partidos con el pueblo permite continuidad en la vida política; no la restringe a los períodos electorales.

- Participar en las votaciones populares de distintas clases que existen. En el referéndum tomando posición por el sí o por el no; en la revocación o rendición de cuentas tomada a autoridades elegidas; en las elecciones de representantes presentando candidatos o respaldando a algunos de los existentes. Esta forma de actuación también tiene íntima relación con las formas que asume el derecho de participación política de las personas.

Las reglas que se establezca, deben garantizar que las organizaciones políticas que representan de manera significativa a sectores de opinión política, puedan participar activamente en los comicios de diversa naturaleza que tengan lugar. No permitir dicha participación crea una fuerza centrífuga del sistema de partidos y propende a actitudes antisistema que no son sino la expresión de la imposibilidad de estar incluido. Reglas que restrinjan artificialmente la participación, debilitarán el sistema de partidos y, con ello, a la democracia.

Dice la Constitución que las agrupaciones políticas adquieren personería jurídica con la inscripción en el registro correspondiente.

La Constitución es aquí algo equívoca porque en el Derecho peruano vigente existen dos registros en los cuales debería inscribirse un partido:

- Uno es el de organizaciones políticas que mantiene el Jurado Nacional de Elecciones, según puede verse del inciso 2 del artículo 178 de la Constitución. En teoría, éste es el registro en el que la inscripción produce la personería para el partido. Al menos eso deberíamos entender de una interpretación sistemática y concordada de ambas disposiciones constitucionales (el artículo 35 y el 178 inciso 2).
- Sin embargo, al propio tiempo está la ley 15096 promulgada el 15 de Junio de 1964 cuyo artículo único dice:

“Ley 15096, artículo único.- Considérase como sujetos de derecho privado a los Partidos Políticos inscritos en el Jurado Nacional de Elecciones.

Para adquirir la personería jurídica se requiere que sus estatutos consten de escritura pública y se inscriban en el Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos de Lima, para cuyo efecto se abrirá un libro especial”.

Esta última ley, a pesar de ser anterior a la Constitución, es perfectamente congruente con sus mandatos y, en consecuencia, tenemos que aceptar que la regla general es la que establece la ley 15096: inscripción en el registro de organizaciones políticas para efectos electorales, y para los efectos civiles, inscripción en los registros públicos de Lima, lo que de paso es un centralismo inadmisibles porque puede perfectamente haber partidos regionales en provincias y no tendrían porqué tener que inscribirse en Lima.

En realidad para comprender cabalmente este problema de la inscripción y de la personería jurídica, hay que tener en cuenta un dato adicional: puede ocurrir que la inscripción de un partido en el registro de organizaciones políticas caduque (porque se avecina una elección, porque el partido no obtuvo un determinado número de votos o de escaños en una representación pluripartidaria, etc. La inscripción en el registro de organizaciones políticas es efímera. ¿Qué pasaría con los bienes partidarios si un partido sólo está inscrito en el registro de organizaciones políticas y es borrado de allí por razones electorales?

Simplemente su personalidad desaparecería y con ella todos sus derechos. Esto puede ser muy peligroso y lo aconsejable es que haya dos inscripciones: una electoral y otra civil, pero interrelacionadas entre sí de manera que, no bien el partido presenta sus documentos al registro del Jurado Nacional de Elecciones, una copia del legajo va al registro civil, con la finalidad de que ambos estén siempre actualizados y cuenten con la misma información. En caso contrario pueden producirse desajustes muy graves que perjudicarían a la vida política.

El segundo párrafo del artículo 35 que comentamos establece la necesidad de que la ley contenga normas sobre el funcionamiento democrático de los partidos, y la transparencia en cuanto a materias económicas.

En torno a la ley de partidos y sus reglas de funcionamiento democrático, creemos que debe contener lo que señalamos a continuación:

En materia de democratización interna lo siguiente:

- Exigir que el Estatuto establezca las condiciones de participación de los miembros como militantes, como dirigentes y como candidatos, con normas razonables que permitan postular a todo aquel que quiera y tenga condiciones para hacerlo
- La ley debe regular los procesos electorales internos de los partidos en base a los principios democráticos y de manera general, de forma que el órgano responsable del control pueda intervenir cuando se viole la ley.
- Los procesos de votación dentro de los partidos deberían ser supervisados por el Jurado Nacional de Elecciones.
- Debe existir un sistema de impugnación de resultados dentro de los partidos y con decisión final en el Jurado Nacional de Elecciones.
- Debe establecerse el principio de revocación de mandato de los dirigentes partidarios, que deben ser elegidos por voto de la militancia. También debe indicar claramente los procedimientos respectivos, cuando menos en sus rasgos generales

En materia de información contable, consideramos que la ley debe exigir:

- Una contabilidad de caja, inventarios y balance.
- La obligación de informar anualmente al Jurado Nacional de Elecciones de las finanzas del partido para que fiscalice.
- El deber de hacer públicos, de la manera que el Derecho estime conveniente, los recursos utilizados en campañas electorales. Normalmente se informará al Jurado Nacional de Elecciones al respecto.

Todas estas medidas son beneficiosas y, en nuestro criterio, solucionan varios de los problemas de aristocratismo y alejamiento de las masas que tienen los partidos políticos en la actualidad. Sólo cabe añadir que en esta revisión legislativa, se debe reducir el 4% de firmas requeri-

do para solicitar la inscripción según la ley 26452 del 10 de mayo de 1995 . Este porcentaje muy alto que debería ser reducido drásticamente, probablemente a la mitad.

Finalmente, en materia de los espacios que los medios de comunicación del Estado deben dar a los partidos, hay que establecer las normas respectivas, que por lo demás deberán funcionar todo el año y no sólo en periodos electorales. Mientras más dilate el Congreso la aprobación de estas normas, más está incumpliendo la Constitución en un aspecto claro y distinto, sin poder aludir, además, que el costo hace prohibitiva la decisión.

No debemos olvidar al concluir este comentario, que las organizaciones políticas, como toda otra persona del Estado está obligada a cumplir el artículo 38 de la Constitución cuando dice:

“Constitución peruana, artículo 38: Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación».

75. Artículo 36

«Artículo 36.- El Estado reconoce el asilo político. Acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante. En caso de expulsión, no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo de la Constitución de 1979 que constituye antecedente de éste que comentamos es el siguiente:

“Artículo 108.- El Estado reconoce el asilo político. Acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante. Si se dispone la expulsión de un asilado político, no se le entrega al país cuyo gobierno lo persigue”.

Con una pequeña variación de redacción, la norma de la Constitución de 1979 tiene idéntico contenido normativo que la que contiene al respecto la Constitución de 1993.

Análisis exegético

El asilo es una situación jurídica de protección que otorga un Estado (estado asilante), a una persona que se lo solicita (perseguido político y luego asilado), porque en otro Estado (el Estado territorial) sufre persecución política que pone en peligro su vida, su libertad o su integridad física, psíquica y espiritual. Se traduce en que el asilado mora en territorio del asilante y se somete a ciertas reglas de conducta que, en síntesis, consisten en que no agravie la tranquilidad pública ni participe públicamente en la política del Estado territorial.

El asilo ha tenido un importante desarrollo en América Latina por diversas causas: en primer lugar, por la inestabilidad política de la inmensa mayoría de nuestros países, que ha conducido a que las persecuciones políticas de unos y otros sean muchas y alternadas. La segunda razón ha sido la fraternidad proverbial de ayudar a los perseguidos. Tal vez el pasado cultural común, o el hecho de compartir el idioma, hayan sido factores que han acercado a los latinoamericanos entre sí y que han permitido que se ayuden intensamente los unos a los otros. Finalmente, también ha tenido importancia la decidida voluntad de los gobernantes por apoyar a los perseguidos con el asilo.

Dice García-Sayán:

La larga y rica práctica y doctrina latinoamericanas sobre asilo constituyeron, a veces por el ejercicio consuetudinario y otras por los tratados de alcance continental, un importante aporte regional a la protección de los individuos perseguidos en razón de sus ideas políticas. La inestabilidad política de nuestros países hizo del asilo toda una institución. Circunscrita, empero, a nuestro sub-continente.

La segunda conflagración mundial y el ascenso del horror a escalas y dimensiones imprevistas, convirtió en tema central la situación de aquellas personas perseguidas por sus ideas políticas,

raza, religión, nacionalidad o pertenencia a un grupo social determinado. Dentro del contexto de la post-guerra se adoptó, en julio de 1951, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados formulada en función de las huellas que había dejado la guerra en la población europea. Posteriormente, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados del 31 de enero de 1967 eliminó las restricciones temporales y geográficas de la Convención. Este último instrumento es el que ampara hoy a nivel mundial la suerte de más de 12 millones de refugiados y la acción humanitaria del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)» (101).

Si bien la figura del asilo político es moderna, pueden encontrarse trazas en el Derecho Romano, bajo la protección de templos y efigies de emperadores, según cuentan las propias fuentes:

Al terminar la República (romana), el asilo fue practicado en la región oriental, desapareciendo durante el Imperio y retomando importancia en la monarquía, lo que puede apreciarse con la consagración del templo de César en 712-42, en la cual se concedió a dicho templo el derecho de asilo en forma expresa. Este derecho se extendió a todo templo dedicado a los emperadores, así como a sus estatuas. Esta búsqueda de amparo fue considerada como una demanda de auxilio al poder público y fue muy aplicada a los casos de esclavos que eran objeto del abuso de sus señores.

Lo anteriormente señalado se aprecia con claridad en la *Instituta* de Justiniano, en el Título VIII, numeral 2 «De los que son dueños de sí mismos o se hallan bajo el poder de otro», I.1.8.2:

«Más por esta Constitución se reprime la excesiva aspereza de los señores; porque, consultado por algunos presidentes de las provincias acerca de los esclavos que se acogen a los edificios sa-

(101) GARCIA-SAYAN, Diego. *Constitución peruana y política exterior*. VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años después*. Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 217.

grados, o a la estatua de los emperadores, dispuso Antonio que si se trato del señor se juzgase insoportable, fuese obligado a vender sus esclavos bajo buenas condiciones y que se le entregase el precio (102).

Este pasaje de la Instituta justiniana no se conforma exactamente a la idea contemporánea de asilo, en la cual se hallan involucrados el asilado y dos Estados: el asilante y el que persigue. Sin embargo, sí da la idea de que podía respetarse el derecho de los esclavos a un trato razonable y que, si se ponían bajo la protección de edificios sagrados o de estatuas de los emperadores, se ordenara su venta para que los amos que hasta ahora los habían perjudicado, dejaran de ser sus dueños.

El derecho de asilo ha sido materia de numerosos instrumentos internacionales, algunos muy detallados y específicos:

Si bien la figura del asilo se consagró en el Derecho Internacional por la vía consuetudinaria, posteriormente fue recogida también en el campo convencional.

El primer tratado en el que se mencionó la figura del asilo - tanto territorial como diplomático- fue el Tratado de Derecho Penal Internacional adoptado en 1889, en la ciudad de Montevideo, Uruguay. Seguidamente en 1928 se realizó la Convención sobre Asilo en la Habana, Cuba. Luego la Convención sobre Asilo Político de 1939. Y el Tratado sobre Asilo y Refugio Político de 1939, ambos en Montevideo y finalmente la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas realizada en 1954 (103).

-
- (102) RUBIO CORREA, Patricio Marcial. *El problema de los ingresantes ante el Derecho Internacional contemporáneo*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Tesis para optar el título de abogado, 1994, p. 3.
- (103) RUBIO CORREA, Patricio Marcial. *El problema de los ingresantes ante el Derecho Internacional contemporáneo*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Tesis para optar el título de abogado, 1994, p. 36.

De ellos trataremos con detalle, pero primero es importante citar la Declaración Universal de Derechos Humanos en torno al punto:

“Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 14.-

1.- En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

2.- Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas».

El párrafo primero es muy importante porque es una afirmación universal que sólo tendrá excepción en los casos del segundo apartado del artículo pero, sobre todo, porque establece que el perseguido tiene derecho a buscar y disfrutar del asilo en cualquier país. La Declaración establece, clara y textualmente, que el asilo es un derecho de las personas.

El asilo supone persecuciones reñidas con los derechos humanos. Por ello, no se debe dar asilo a quien es perseguido por cometer delitos comunes o por atentar contra los principios de Naciones Unidas. El asilo está concentrado en las persecuciones sociales y, sobre todo, políticas, es decir, en las persecuciones realizadas por grupos de la sociedad, o por el aparato de poder del Estado.

Por su parte, la Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre dice:

“Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XXVII.- Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales».

El aporte de la Declaración americana es que el asilo se otorga de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales. La norma es positiva en cuanto pide reglamentación y, desde luego, supone que el asilo se tramitará y otorgará o denegará de acuerdo a ley.

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22.-

[...]

7.- Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales.

[...]».

La norma establece, correctamente el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero cuando la persecución sea por delitos políticos, o por delitos comunes conexos con ellos. En este último caso cae, por ejemplo, la persona que está perseguida por robo para agenciar recursos y dedicarlos a lograr sus fines políticos.

El Perú ha reconocido la existencia de este derecho al establecer con llaneza en el artículo 36 que comentamos, la siguiente disposición: “El Estado reconoce el asilo político”. Esto quiere decir tanto que está dispuesto a que se otorgue a quienes él persigue, como a otorgarlo a perseguidos de otros Estados. También quiere decir que lo reconoce como una institución independiente de la existencia de leyes y convenciones porque no exige sujetarlo a ellas. No requiere de reciprocidad alguna porque es un fenómeno unilateral en el Derecho.

Un aspecto muy importante del asilo, consiste en esto último que hemos dicho: para que el asilo se otorgue no se necesita reciprocidad de ningún tipo. El asilo no es un acuerdo entre Estados sino un acto unilateral para proteger a un ser humano. Por ello, los instrumentos internacionales consagran estas disposiciones que citamos a continuación:

“Convención de los Estados Americanos sobre asilo político firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, artículo 3.- El asilo político, por su carácter de institución humanitaria, no está sujeto a reciprocidad. Todos los hombres pueden estar bajo su protección, sea cual fuere su nacionalidad, sin perjuicio de las obligaciones que en esta materia tenga contraídas el Estado a que pertenezcan; pero los Estados que no reconozcan el asilo político sino con ciertas limitaciones o modalidades, no

podrán ejercerlo en el extranjero sino en la manera y dentro de los límites con que lo hubieren reconocido».

“Convención sobre asilo diplomático firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954, artículo 20.- El asilo diplomático no estará sujeto a reciprocidad.

Toda persona, sea cual fuere su nacionalidad, puede estar bajo la protección del asilo».

La doctrina ha distinguido tradicionalmente entre asilo territorial y asilo diplomático. El asilo territorial consiste en lo siguiente:

En el asilo territorial, un Estado brinda su protección ante una solicitud de asilo que ha sido realizada por el o los interesados, una vez que han cruzado la frontera y se encuentran dentro del mismo territorio del país al cual se dirige el pedido de protección, sustentando el mismo en el hecho de ser objeto de persecución en su Estado de origen o residencia (104).

En cambio, el asilo diplomático se produce: “[...] dentro de una sede diplomática acreditada en el país de nacionalidad o residencia del interesado, buscando una protección inmediata ante el riesgo o razonable temor de perder la vida o libertad por causas políticas y cuya consecuencia en el plano jurídico es generar un cambio en la jurisdicción bajo la cual ha de encontrarse dicha persona” (105)

Sin embargo, como puede apreciarse, la diferencia es prácticamente un asunto de hecho, aunque tiene importancia porque en el asilo territo-

(104) RUBIO CORREA, Patricio Marcial. *El problema de los ingresantes ante el Derecho Internacional contemporáneo*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Tesis para optar el título de abogado, 1994, p. 10

(105) RUBIO CORREA, Patricio Marcial. *El problema de los ingresantes ante el Derecho Internacional contemporáneo*- Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, Tesis para optar el título de abogado, 1994, p. 13.

rial el perseguido se halla ya alejado del territorio del Estado que lo persigue, en tanto que en el asilo diplomático, aún deberá transitar por dicho territorio para poder adquirir completa seguridad. Sin embargo, contemporáneamente esta diferencia no tiene gran efecto práctico porque el asilo diplomático ha sido respetado hasta en las dictaduras más cuestionables de América Latina. Por ello dos autores colombianos han dicho esto que citamos y que nos parece acertado:

“Tal vez sería más adecuado decir que el asilo es sólo uno y que a él se puede llegar por la vía diplomática o territorialmente” (106).

La Convención americana de La Habana, de febrero de 1928, contuvo varias normas importantes sobre el asilo y, en realidad, pretendió darle un tratamiento integral. Dijo:

“Convención de los Estados Americanos sobre asilo suscrita en La Habana el 20 de febrero de 1928, artículo 2.- El asilo de delincuentes políticos en Legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares, será respetado en la medida en que, como un derecho o por humanitaria tolerancia, lo admitieren el uso, las Convenciones o las leyes del país de refugio y de acuerdo con las disposiciones siguientes:

Primero: El asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado se ponga de otra manera en seguridad.

Segundo: El Agente Diplomático, Jefe de navío de guerra, campamento o aeronave militar, inmediatamente después de conceder el asilo lo comunicará al Ministro de Relaciones Exteriores del Estado del Asilado, o a la autoridad administrativa del lugar si el hecho ocurriera fuera de la capital.

Tercero: El Gobierno del Estado podrá exigir que el asilado sea puesto fuera del territorio nacional dentro del más breve plazo posible; y el Agente Diplomático del país que hubiere acordado el asilo, podrá a su

(106) GUERRERO V., Rafael y PALACIOS O. Helena. *El Derecho de Asilo*. Bogotá, Editorial Kelly, 1979, p. 42.

vez exigir las garantías necesarias para que el refugiado salga del país respetándose la inviolabilidad de su persona.

Cuarto: Los asilados no podrán ser desembarcados en ningún punto del territorio nacional ni en lugar demasiado próximo a él.

Quinto: Mientras dure el asilo no se permitirá a los asilados practicar actos contrarios a la tranquilidad pública.

Sexto: Los Estados no están obligados a pagar los gastos por aquél que concede el asilo».

El primer reconocimiento de la convención es que el asilo corresponde a quienes son acusados de delitos políticos y se puede producir en legaciones diplomáticas o en recintos militares. También indica que se respeta como institución reconocida tanto por los usos, como por las convenciones internacionales y leyes internas. El asilo tiene, así, legitimación internacional e interna y no exclusivamente una de ellas.

Establece varias reglas para el reconocimiento del asilo. La primera consiste en que tiene que existir una situación de urgencia para el perseguido. No puede solicitarse asilo previendo situaciones de persecución que no sean inminentes. El asilo, por otra parte, es un remedio correspondiente a la urgencia y debe terminar a la brevedad posible para que la situación de la persona se regularice.

El asilo comienza con una situación de hecho como antecedente (el acercamiento del perseguido a las autoridades del país asilante solicitando su protección) y puede continuar de dos maneras: o el asilo es negado y la persona debe retirarse de los recintos de aquél Estado al que lo solicitó, o se concede el asilo y, así, el hecho de ponerse bajo la protección del asilante, se ha convertido en un fenómeno jurídico.

La decisión de otorgar el asilo es lo que da carácter jurídico a la situación que hasta allí, como hemos indicado, es sólo de hecho:

El amparo jurídico viene a ser pues, una situación jurídica creada por la manifestación de voluntad del Estado asilante. Implica que el gobierno extranjero está dispuesto a llevárselo a su terri-

torio si es el caso, a prohibirlo, sus leyes, sus jueces, su ejército están dispuestos a protegerlo. Analizado jurídicamente podemos decir que en estricto sensu el amparo viene a constituir el asilo. Hasta que no haya el pronunciamiento no hay asilo (107).

La Convención obliga a las autoridades asilantes a dar aviso a la Cancillería del Estado al que pertenece el asilado y establece que las autoridades de este último pueden exigir la salida de su territorio, para lo que el asilante demandará seguridades de ser el caso a fin de que el asilado pueda abandonar dicho país con todas las seguridades. Cuando esto ocurre, el Estado al que pertenece el perseguido otorga un salvoconducto y permite que las autoridades del Estado asilante conduzcan al perseguido, en un vehículo que goce de inmunidad, hasta la zona internacional de algún puerto o aeropuerto para que viaje al territorio del asilante (hay normas expresas al respecto que veremos inmediatamente después).

La condición de asilado, impone a la persona una restricción en sus actividades políticas en el territorio del asilante: no puede "(...) practicar actos contrarios a la tranquilidad pública", lo que siempre se ha entendido como su compromiso de no realizar actividades políticas públicas de ninguna clase (también sobre esto existen normas expresas que veremos luego).

Los gastos en que se haya de incurrir para la vida normal del asilado, si no trabaja o no puede trabajar, no correrán por cuenta del Estado que lo persigue el que, sin embargo, podría socorrerlo si así lo considera pertinente (cosa, por lo demás, poco verosímil).

La misma Convención de la Habana de Febrero de 1928 también señaló lo siguiente:

"Convención de los Estados Americanos sobre asilo suscrita en La Habana el 20 de febrero de 1928, artículo 1.- No es lícito a los Estados dar asilo en Legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves mi-

(107) GUERRERO V., Rafael y PALACIOS O. Helena. *El Derecho de Asilo*. Bogotá, Editorial Kelly, 1979, p. 42.

litares, a personas acusadas o condenadas por delitos comunes ni a desertores de tierra y mar.

Las personas acusadas o condenadas por delitos comunes que se refugiaren en alguno de los lugares señalados en el párrafo precedente deberán ser entregadas tan pronto como lo requiera el gobierno local.

Si dichas personas se refugiaren en territorio extranjero la entrega se efectuará mediante extradición, y sólo en los casos y en la forma que establezcan los respectivos Tratados y Convenciones o la Constitución y leyes del país de refugio». (Modificado por la convención firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933).

Este artículo fue modificado en Montevideo en Convención firmada el 26 de diciembre de 1933. Se dijo lo siguiente:

“Convención de los Estados Americanos sobre asilo político firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, artículo 1.- Substitúyese el Artículo 1 de la convención de La Habana sobre Derecho de Asilo de 20 de febrero de 1928, por el siguiente: «No es lícito a los Estados dar asilo en legaciones, naves de guerra, campamentos o aeronaves militares, a los inculpados de delitos comunes que estuvieren procesados en forma o que hubieran sido condenados por tribunales ordinarios, así como tampoco a los desertores de tierra y mar.

Las personas mencionadas en el párrafo precedente, que se refugiaren en algunos de los lugares señalados en él, deberán ser entregados tan pronto lo requiera el Gobierno local»».

Por su parte, la Convención sobre asilo de Caracas, firmada el 28 de marzo de 1954 establece sobre este mismo punto:

“Convención sobre asilo diplomático firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954 artículo 3.- No es lícito conceder asilo a personas que al tiempo de solicitarlo se encuentren inculpadas o procesadas en forma ante tribunales ordinarios competentes y por delitos comunes, o estén condenadas por tales delitos y por dichos tribunales, sin haber cumplido las penas respectivas, ni a los desertores de fuerzas de tierra, mar y aire, salvo que los hechos que motivan la solicitud de asilo, cualquiera que sea el caso, revistan claramente carácter político.

Las personas comprendidas en el inciso anterior que de hecho penetraren en un lugar adecuado para servir de asilo deberán ser invitadas a retirarse o, según el caso, entregadas al gobierno local, que no podrá juzgarlas por delitos políticos anteriores al momento de la entrega».

Como puede apreciarse, esta sucesión de normas supone que los países latinoamericanos han ido reajustando su concepto del asilo diplomático con el tiempo. La evolución ha conducido al siguiente punto:

- No se dará asilo a inculpados, acusados o reos de delito común, a menos que se compruebe que dichos delitos han revestido carácter político.
- No se dará asilo a desertores de las fuerzas militares, a menos que la deserción se haya debido a razones políticas.
- Si alguien que no tiene derecho al asilo según las dos reglas anteriores, se halla de hecho en los recintos de un Estado solicitando asilo, será invitado a salir o será entregado a las autoridades del Estado al que pertenece.

Parte esencial de la concesión del asilo es determinar si la persecución es o no política. El problema consiste en que modernamente al menos, no existen Estados que tipifiquen ciertos delitos como políticos. Por el contrario, en la legislación interna todos los delitos son comunes.

Por consiguiente, la apreciación de las circunstancias por las autoridades del Estado al que se ha solicitado el asilo, no tienen que ver con consideraciones jurídicas sino políticas. Esto es obvio desde que el Estado al que pertenece quien solicitó el asilo, siempre tratará de probar que el delito es común. En el caso de las calificaciones que haga el Perú, deberá tomar en consideración la norma que la Constitución ha desarrollado para el caso de la extradición, pero que indudablemente se aplica al asilo por la misma razón:

“Quedan excluidos de la extradición los perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos con ellos. No se consideran tales el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo.»

Lo usual en estos casos es que el Estado al que se solicitó el asilo pondere las circunstancias, analice el historial del perseguido y determine

si otorga o no la condición de asilado. El asunto se ha resuelto por la vía de considerar que la decisión del Estado asilante es unilateral y no está sujeta a discusión.

Un instrumento internacional que ha dado tratamiento integral al asilo es la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas, firmada el 18 de marzo de 1954. Sus normas principales son las siguientes.

“Convención sobre asilo diplomático firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954, artículo 2.- Todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega».

La decisión de otorgar o no el asilo es unilateral y no requiere fundamentación alguna. No se puede tomar cuentas al Estado sobre el sentido de tal decisión y los demás, incluido el Estado que persigue al asilado, deben respetar tal decisión. La norma pertenece, como hemos visto, a la esencia de la tradición histórica del asilo y está ratificada por otros textos internacionales:

“Convención de los Estados Americanos sobre asilo político firmada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, artículo 2.- La calificación de la delincuencia política corresponde al Estado que presta el asilo».

“Convención sobre asilo diplomático firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954, artículo 4.- Corresponde al Estado asilante la calificación de la naturaleza del delito o de los motivos de la persecución».

La Constitución peruana acepta también este principio cuando dice: “El Estado [...] acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante”.

A partir de estas afirmaciones, se ha generado una discusión sobre si el asilo es o no un derecho para las personas. O'Donnell dice:

Las Convenciones de Caracas de 1954 consagran el asilo territorial y el diplomático no como un derecho del individuo sino como una prerrogativa del Estado, teniendo este último potestad

para concederlo o denegarlo. Esa discrecionalidad ha llevado a que algunos autores le nieguen el carácter de derecho subjetivo al derecho de asilo (108).

Si conciliamos las declaraciones que menciona O'Donnell, con los artículos antes citados (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 14; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVII; y, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22) veremos lo siguiente:

- Que las personas tienen derecho a solicitar y recibir asilo.
- Que es potestad de los Estados otorgar o no otorgar el asilo.

De esta manera, estimamos que queda graficado el conjunto de derechos y atribuciones que competen a cada parte y que, por lo tanto, para las personas no existe el *derecho al asilo* sino el derecho a solicitarlo.

Respecto a la urgencia y a las limitaciones del tiempo de otorgamiento del asilo dice la Convención:

“Convención sobre asilo diplomático firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954, artículo 5.- El asilo no podrá ser concedido sino en casos de urgencia y por el tiempo estrictamente indispensable para que el asilado salga del país con las seguridades otorgadas por el gobierno del Estado territorial a fin de que no peligre su vida, su libertad o su integridad personal, o para que se ponga de otra manera en seguridad al asilado».

Estas normas ya fueron vistas a propósito de las Convenciones anteriormente citadas.

“Convención sobre asilo diplomático firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954, artículo 6.- Se entienden como casos de urgencia, entre otros, aquéllos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades, o por las autori-

(108) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 227.

dades mismas, así como cuando se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política y no pueda, sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad».

La urgencia de la situación de persecución tiene dos dimensiones que analizar. La primera es su real gravedad: la amenaza tiene que ser actual y directa, no puede consistir en una eventualidad. Corresponde al Estado que será finalmente asilante el evaluar los elementos de juicio disponibles y formarse una decisión, pero su discrecionalidad consiste en determinar el grado de gravedad, no en considerar como grave cualquier circunstancia por sí misma no actual y directa. La amenaza, desde luego, tendrá que referirse a los derechos que puede protegerse cabalmente con el asilo en su dimensión física de separación del perseguido de las fuerzas del agresor: derecho a la vida y el derecho a la libertad personal con todos los elementos subsumidos en ella tal como dice el artículo de la Convención. Sin embargo, dentro de la discrecionalidad que corresponde al Estado al que se ha pedido asilo, creemos que éste también debe considerar las amenazas a la integridad física, psicológica o espiritual de la persona que, si bien suelen estar acompañadas de detención, pueden no ser concomitantes con ella.

La segunda dimensión es determinar la amenaza sobre qué bienes o derechos. En principio se protege de los actos de autoridad del Estado al que pertenece el perseguido, pero esta disposición que tratamos ahora también permite proteger de personas o multitudes que hayan escapado al control de las autoridades. La adición es totalmente adecuada.

“Convención sobre asilo diplomático firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954, artículo 7.- Corresponde al Estado asilante apreciar si se trata de un caso de urgencia».

Ratifica esta disposición que la determinación del otorgamiento o no del asilo corresponde al Estado al que ha sido solicitado.

“Convención sobre asilo diplomático firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954, artículo 10.- El hecho de que el gobierno del Estado territorial no esté reconocido por el Estado asilante no impedirá la observancia de la presente Convención, y ningún acto ejecutado en virtud de ella implica reconocimiento».

Esta norma es importante en el contexto de las relaciones internacionales por la siguiente razón: si el Estado asilante no reconoce al Estado territorial, no puede tomar en cuenta sus decisiones porque ello sería equivalente a reconocerlo. Una de las decisiones que el Estado territorial está tomando es perseguir al asilado. Además, como resulta evidente de lo que estamos tratando, el Estado asilante deberá solicitar garantías para la seguridad del asilado al Estado territorial mientras logra que salga del territorio.

Como el Estado asilante no desea reconocer al territorial, en principio no podría realizar ninguna de estas actividades y, con ello, podría correr peligro el instituto mismo del asilo. Para evitar estas circunstancias y proteger la figura, la Convención dice que aún cuando el Estado asilante no reconozca al territorial, puede dar asilo a quienes éste persigue y, además, que ninguno de los actos de protección que realice (incluido el de pedir salvoconducto), será considerado de reconocimiento.

Son ficciones que establece el Derecho para negar valor jurídico a hechos que en realidad son de reconocimiento material, para que ello no obstruya el otorgamiento del asilo.

“Convención sobre asilo diplomático firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954, artículo 11.- El gobierno del Estado territorial puede, en cualquier momento, exigir que el asilado sea retirado del país, para lo cual deberá otorgar un salvoconducto y las garantías que prescribe el artículo 5”.

Si se ha producido el asilo diplomático, el asilado se hallará dentro de la sede de algún espacio que goza de extraterritorialidad. En este caso, el Estado territorial puede exigir que el asilado sea llevado fuera de los límites de su territorio y está obligado a otorgar el salvoconducto que permita el viaje, así como las garantías de que no será violentado durante el trayecto de salida.

“Convención sobre asilo diplomático firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954, artículo 12.- Otorgado el asilo, el Estado asilante puede pedir la salida del asilado para territorio extranjero, y el Estado territorial está obligado a dar, inmediatamente, salvo caso de fuerza mayor, las garantías necesarias a que se refiere el artículo 5 y el correspondiente salvoconducto.».

Es norma correlativa a la que acabamos de revisar.

“Convención sobre asilo diplomático firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954, artículo 15.- Cuando para el traslado de un asilado a otro país fuere necesario atravesar el territorio de un Estado Parte en esta Convención, el tránsito será autorizado por éste sin otro requisito que el de la exhibición, por vía diplomática, del respectivo salvoconducto visado y con la constancia de la calidad de asilado otorgada por la misión diplomática que acordó el asilo.

En dicho tránsito, al asilado se le considerará bajo la protección del Estado asilante».

Las disposiciones de este artículo 15 son importantes en el contexto de las relaciones internacionales de los Estados porque bien puede suceder que el tercero involucrado no desee participar ni directa ni indirectamente en el fenómeno jurídico del asilo, tanto en relación al Estado territorial, como en relación al asilante. Esta norma le da una participación exclusivamente de hecho bajo forma de deber: no podrá impedir el paso del asilado, pero no tiene compromiso alguno con él: la protección la sigue dando el Estado asilante. Es un diseño bien hecho y que soluciona cualquiera de los problemas que, en este tipo de relaciones, pueda obstruir el asilo.

Desde luego, con el desarrollo del transporte aéreo, este problema se reducé significativamente aunque no desaparece porque, al fin y al cabo, los aviones circulan dentro del espacio aéreo de los Estados.

“Convención sobre asilo diplomático firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954, artículo 18.- El funcionario asilante no permitirá a los asilados practicar actos contrarios a la tranquilidad pública, ni intervenir en la política interna del Estado territorial».

Como ya habíamos indicado antes, la condición de asilado impone restricciones al libre ejercicio de los derechos políticos. En esencia, consisten en la limitación de la vida política pública del asilado, quien no deberá participar en los actos, ni generar situaciones, que atenten contra lo mandado en este artículo: la tranquilidad pública dentro del Estado asilante o la política, en general, del Estado territorial. Indudablemente,

no se podrá limitar la participación privada en la vida política del Estado territorial, como es el mantener contacto con visitantes y aún con colaboradores políticos de aquél país porque eso sería eliminar, en la práctica, la libertad personal del sujeto.

“Convención sobre asilo diplomático firmada en Caracas el 28 de marzo de 1954, artículo 1.- El asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas por motivos o delitos políticos, será respetado por el Estado territorial de acuerdo con las disposiciones de la presente Convención.

Para los fines de esta Convención, legación es toda sede de misión diplomática ordinaria, la residencia de los jefes de misión y los locales habilitados por ellos para habitación de los asilados cuando el número de estos exceda de la capacidad normal de los edificios.

Los navíos de guerra o aeronaves militares que estuviesen provisoriamente en astilleros, arsenales o talleres para su reparación, no pueden constituir recinto de asilo».

Estas disposiciones ya tienen antecedentes parciales que hemos visto antes. Sin embargo, aquí son importantes los dos párrafos finales. El segundo del texto permite extender el número o área de locales dispuestos para los asilados cuando su número sea significativo. El Estado territorial no podrá restringir el espacio físico que el Estado asilante establezca y ello se hace para mayor comodidad de la estancia de los asilados.

El último párrafo es, más bien, una restricción indicando que las naves militares que no estén en servicio autónomo dentro del Estado territorial, no son espacios en los que se pueda dar asilo, lo que también resulta razonable porque no están, estrictamente hablando, al servicio del Estado al que se solicita el asilo.

Un aspecto muy importante de la problemática tanto del asilo como de la negación a la solicitud del mismo cuando se trate de perseguidos políticos (no de casos de delito común), consiste en si la persona debe ser entregada al Estado que la persigue. Los instrumentos internacionales se pronuncian abiertamente en contra:

“Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, artículo 3.-

1.- Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2.- A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos».

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22.-

[...]

8.- En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

[...]».

La Constitución peruana también ha establecido el principio al decir: “En caso de expulsión, no se entrega al asilado al país cuyo gobierno lo persigue”.

O'Donnell considera que este es un principio afincado en el Derecho Internacional y que se aplica a quienes están legalmente o ilegalmente en el país:

Recordemos que, a diferencia de la garantía contra la expulsión arbitraria, la garantía contra devolución no se limita a las personas que están legalmente en el país. Además, el principio de no devolución beneficia no sólo a personas perseguidas por razones políticas, sino también personas perseguidas por cualquiera de las razones enumeradas en la Convención sobre Refugiados o, en el caso de la Convención Americana, a todo individuo que necesita de tal protección.

Lo anterior permite afirmar que, si bien los Estados no tienen la obligación de conceder asilo a una persona en tales circunstancias, tampoco pueden devolverla al país donde su vida o libertad están en peligro. En otras palabras, el Estado tiene por lo menos la obligación de facilitar el tránsito de tales personas hacia un país dispuesto a otorgarles asilo, e incluso de permitir su permanencia en su territorio provisionalmente hasta identificación de tal país (109).

Caso particular es el que nos presenta el mismo O'Donnell en esta cita:

La cuestión de saber si el principio de no devolución se aplica a personas que se presentan a la frontera de un Estado, o si se limita a las que se encuentran dentro de su territorio, es uno de los temas de más vigencia en el Derecho de los Refugiados. La opinión más autorizada lleva a aplicarlo en ambas situaciones, siempre que la persona provenga directamente del país donde su vida o libertad están en peligro. Esa interpretación fue ratificada formalmente por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Declaración de Cartagena sobre el Problema de Refugiados en el Continente Americano, de 1984. Según el inciso quinto de la Declaración, los participantes en la reunión acuerdan:

«Reiterar la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición de devolución en las fronteras) como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados debe reconocerse y respetarse en el estado actual del Derecho Internacional, como un principio de *jus cogens*».

El reconocimiento del principio de no devolución como principio de *jus cogens* implica, evidentemente, que es obligatorio no sólo para los Estados Partes en la Convención Americana y la Con-

(109) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 230.

vención de 1951 sobre la condición de refugiado, sino también para todos los países del continente (110).

Consideramos que el sentido de esta interpretación es correcto y forma parte de la protección que los seres humanos tenemos bajo forma de derecho en el Derecho Internacional. Por consiguiente, y de acuerdo a la metodología que seguimos en este tratamiento, estimamos que es un derecho constitucional en el Perú y que puede ser protegido por las garantías constitucionales establecidas.

Enrique Chirinos Soto nos cuenta de un caso lamentable y también de la anécdota de su reacción personal, de buen demócrata, al respecto:

El gobierno de Franco cometió la indignidad de entregar a Pierre Laval, quien había buscado refugio en España, precisamente al gobierno que lo perseguía: El gobierno de Francia, que sometió a Laval a juicio inícuo y lo fusiló impiadosamente. Si Alemania hubiera ganado la guerra, De Gaulle habría sido el traidor. Como Alemania la perdió, lo fue Laval. Inaceptable.

Alguna vez tuve oportunidad de hablar brevemente con De Gaulle. Le dije, a guisa de saludo: «Mi general: soy gaullista desde el 18 de junio de 1940». Pero no puedo cohonestar la infamia que se cometió con Laval y con el Mariscal Henri Pétain, héroe de Verdun, quien, a raíz de la derrota en la segunda guerra mundial, hizo a Francia, según sus propias palabras, «el don de su persona» (111).

Finalmente, es importante señalar que el Perú cuenta con una Ley de Extranjería contenida en el Decreto Legislativo 703 del 05 de noviembre de 1991. En ella, entre diversas disposiciones, hay algunas para refugiados y asilados entre sus artículos 44 y 54 que reseñamos:

(110) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 230.

(111) CHIRINOS SOTO. *Lectura y comentario, Constitución de 1993*. Lima, Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p. 76.

- El Ministerio de Relaciones Exteriores otorga la calidad de asilado político y refugiado y determina la pérdida de la misma (Artículo 44).
- La visación temporal que se da a los refugiados tendrá una duración de hasta 180 días, prorrogables hasta un año. La visación de residentes para los asilados o refugiados tendrá duración de un año, prorrogable anualmente (artículos 45, 46 y 47). Tanto asilados como refugiados pueden solicitar cambio de calidad migratoria o de visa (artículo 48).
- Los asilados o refugiados y sus familiares podrán salir temporalmente del país con autorización del Ministerio de Relaciones Exteriores sin pérdida de tal condición, pero ella quedará en suspenso mientras dure la ausencia (artículo 50).
- La salida no autorizada del territorio nacional o el no reingreso dentro del plazo autorizado, el incumplimiento de las normas de asilo o refugio o la caducidad de las razones que dieron razón a tal condición, son causal de pérdida de la condición respectiva (artículo 51).

Todas estas normas son consistentes con la Constitución del Estado y también con las que contienen los instrumentos internacionales que hemos venido analizando aquí. Además, son normas razonables tanto para los intereses de los refugiados o asilados, como para las seguridades y plazos que debe darse el propio Estado frente a las circunstancias. Por consiguiente, las consideramos válidas y aplicables.

76. Artículo 37

«Artículo 37.- La extradición sólo se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y de los tratados, y según el principio de reciprocidad.

No se concede extradición si se considera que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza.

Quedan excluidos de la extradición los perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos con ellos. No se consideran tales el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo de la Constitución de 1979, antecedente de éste que comentamos, es el siguiente:

“Artículo 109.- La extradición sólo se concede por el Poder Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos o los hechos conexos con ellos.

No se consideran como tales los actos de terrorismo, magnicidio y genocidio.

La extradición es rechazada si existen elementos de juicio suficientes para considerar que se ha solicitado con el fin de perseguir o castigar a un individuo por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión”.

La única diferencia normativa entre los dos artículos está en que la Constitución de 1993 establece que la extradición se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Corte Suprema *en cumplimiento de la ley y de los tratados, y según el principio de reciprocidad*. El cumplimiento de la ley y de los tratados es evidente por sí mismo y no requiere estar en esta parte del texto de la Constitución para ser exigido. El principio de reciprocidad rige las relaciones internacionales y efectivamente es aplicable a esta institución. Por ello consideramos que su mención es correcta en el texto constitucional.

Análisis exegético

La extradición es un procedimiento que en el Perú tiene naturaleza política y que consiste en la entrega de una persona encausada penalmente al Estado extranjero que la solicita para juzgarla y, dado el caso, condenarla o, si ya fue condenada, para que cumpla la pena.

La extradición tiene un trámite con diversas fases y no es igual en todos los países. En el Perú según el texto constitucional, deberá haber un informe de la Corte Suprema (que es de naturaleza jurídica, sobre la situación de la persona solicitada) y luego se producirá una decisión de naturaleza política tomada por el Poder Ejecutivo.

La etapa jurídica hecha ante la Corte Suprema se explica porque es necesario evaluar cuál es la acusación que el otro país tiene contra la persona, qué tipo de sanciones se le llegará eventualmente a imponer, la compatibilidad de leyes penales entre aquél país y el nuestro, la determinación de si la conducta por la que lo acusan allá es o no delito aquí, etc.

Con este informe el Poder Ejecutivo (es decir, el Presidente de la República con el Consejo de Ministros) debate la solicitud y toma decisión. Debe quedar claro que el informe de la Corte Suprema es sólo ilustrativo de la decisión y que no la condiciona en absoluto.

Al tomar la decisión, el Poder Ejecutivo tendrá en cuenta las normas internas y los tratados vigentes. La extradición se rige por ellos, a diferencia del asilo que es un acto unilateral como vimos en el comentario anterior.

También rige el principio de reciprocidad que consiste en que un Estado extradita inculpados hacia otros Estados que, a su vez, están dispuestos a hacerle extradición de los que él pida. Si el otro Estado no atiende las solicitudes del Estado peruano, éste no atenderá las de aquél.

De aquí puede verse que, para la Constitución peruana, la extradición tiene más que ver con la relación de los Estados que con procedimientos normalizados.

Sin embargo, en el Perú la Ley 24710 del 26 de junio de 1987 norma el procedimiento de Extradición. Comentamos sus disposiciones más importantes:

«Ley 24710, artículo 1.- La persona procesada, acusada o condenada como autor, cómplice o encubridor de algún delito que se encuentre en otro Estado, puede ser extraditada, a fin de ser juzgada o de cumplir la penalidad que le haya sido impuesta como reo presente».

La ley reconoce la extradición tanto del Perú hacia el extranjero como viceversa y la extiende a quienes estén procesados (con trámite penal iniciado en etapa de investigación), acusados (con acusación fiscal ya formulada) o condenados (es decir, con sentencia condenatoria).

La extradición se extiende al autor, al cómplice (colabora a la realización del delito sin ser autor o coautor) o encubridor que en realidad es una de las modalidades de la complicidad.

La extradición sirve para ser juzgado o para cumplir la penalidad que ya se haya impuesto en el Estado solicitante.

El artículo 6 dice lo siguiente:

«Ley 24710, artículo 6.- La extradición no es admisible:

1. Si el Estado solicitante no tuviera jurisdicción o competencia para juzgar el delito.
2. Si el extraditado ya hubiera sido absuelto, condenado, indultado o amnistiado.
3. Si hubiere transcurrido el término de la prescripción del delito o de la pena, conforme a la ley del Perú o del Estado solicitante; siempre que no sobrepase el término establecido en la legislación peruana.
4. Si el extraditado hubiere de responder en el Estado solicitante ante tribunal de excepción.
5. Si la pena conminada al delito fuese inferior a un año de prisión.
6. Si el delito fuere puramente militar, contra la religión, político, de prensa o de opinión. La circunstancia de que la víctima del hecho punible de que se trata ejerciera funciones políticas, no justifica por sí sola que dicho delito sea calificado como político; tampoco politiza el hecho de que el reclamado ejerciere funciones políticas.
7. Por delito sólo perseguible a instancia de parte, salvo los casos de estupro y violación.

8. Por infracción de leyes monetarias y fiscales que no constituyan delito común, y

9. Por faltas».

La enumeración es bastante técnica pero clara en sí misma y nos exonera de mayor comentario explicativo. Sí es interesante que la ley haya establecido más casos que la Constitución en los que se denegará la extradición. En ello no hay problema alguno desde que se protege mejor a las personas siendo restrictivo, sobre todo cuando hay que serlo y la ley peruana es razonable en todos estos puntos.

Es bueno recordar que la Constitución establece dos situaciones en las cuales la extradición no procede para proteger al perseguido que, en esos casos, es más bien una posible víctima:

- Cuando se considere que al extraditar, la persona será perseguida o castigada por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza.

Como se puede ver, la norma se refiere a las formas de discriminación según las cuales sería perseguido el sujeto. Sin embargo, siendo evidente la conexión con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, no lo es menos que éste prohíbe la discriminación por origen, sexo, idioma, condición económica o cualquiera otra, cosas que no se hallan contenidas en el segundo párrafo de este artículo.

El defecto de técnica legislativa es evidente, pero más allá de él, consideramos que lo correcto es entender que el segundo párrafo del artículo 37 prohíbe extraditar cuando se va a discriminar y que las formas de discriminación no son solamente aquéllas indicadas en él, sino todas a las que se refiere el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución. Por eso, el segundo párrafo del artículo 37 no debe ser interpretado sino en concordancia con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución ya citado.

- Cuando sea perseguido por delitos políticos o por hechos conexos con ellos. Sin embargo, no se consideran delitos políticos en ningún caso el genocidio, el magnicidio y el terrorismo.

Sobre el concepto de delito político cuenta O'Donnell:

«El Comité Jurídico Interamericano, órgano jurídico máximo de la OEA ya había realizado en aquel entonces un estudio al respecto, en el cual, después de registrar sus reservas sobre la conveniencia de incorporar una definición del término en el derecho positivo regional, hizo las siguientes observaciones al respecto:

«No obstante, en la hipótesis de que los gobiernos americanos estimaren conveniente una definición o caracterización del delito político en algún instrumento internacional, el Comité considera que deberían tomarse en consideración los siguientes elementos de apreciación:

- 1) Son delitos políticos las infracciones contra la organización y funcionamiento del Estado.
- 2) Son delitos políticos las infracciones conexas con los mismos. Existe conexión cuando la infracción se realiza: (1) para ejecutar o favorecer el atentado configurado en el numeral 1, (2) para procurarla impunidad por delitos políticos.
- 3) No son delitos políticos los crímenes de barbarie y vandalismo y en general todas la infracciones que excedan los límites lícitos del ataque y la defensa.
- 4) No es delito político el genocidio, de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas» (112).

El delito político no está definido como tal porque así lo diga la legislación, sino por los móviles y resultados que busca. Es una apreciación de naturaleza política, no jurídica, la que determina si algo es delito político. Todos los incisos son bastante claros pero destaca la parte final del inciso 3 que habla de la proporcionalidad en las acciones producidas, que no deben exceder los límites del ataque y la defensa.

El propio O'Donnell, dice a continuación citando al ACNUR:

(112) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 61.

El *Manual de Procedimientos y Criterios* del ACNUR establece lo siguiente:

«Para determinar si un delito es ‘común’ o, por el contrario, ‘político’, debe tenerse en cuenta, ante todo, su naturaleza y su finalidad, es decir, si se ha cometido por verdaderos motivos políticos y no simplemente por razones personales o con ánimo de lucro. Debe haber asimismo un nexo causal estrecho y directo entre el delito cometido y la finalidad y el objeto políticos invocados. Además, el elemento político del delito debe predominar sobre su carácter de delito de derecho común. No será así cuando los actos cometidos no guarden proporción con el objetivo invocado. El carácter político del delito, asimismo, es más difícil de admitir si el delito supone la perpetración de atrocidades» (113)

Ninguna de estas aproximaciones nos permite conclusiones definitivas, pero sí indica las grandes líneas de interpretación que habrá que dar a las circunstancias.

El genocidio ha sido definido por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Dice:

“Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, artículo II.- En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

(113) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 62.

d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo».

El magnicidio, según el diccionario de la Real Academia Española es la “muerte violenta dada a persona muy principal por su cargo o poder”.

Modernamente no se define quienes mueren por magnicidio y quienes por un homicidio común y corriente. Sin embargo, se toma como base la notoriedad de la persona ante el público, o el cargo de responsabilidad que tenga a nivel nacional o local. El magnicidio quedará definido en cada ocasión que deba resolverse si hay o no extradición.

El terrorismo está definido como tipo en el Decreto Ley 25475 del 05 de mayo de 1992 que establece:

“Decreto Ley 25475, artículo 2.- El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y la seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años”.

Ninguno de estos casos es considerado delito político y, por tanto, puede producirse la extradición.

Continúa la Ley de Extradición señalando:

«Ley 24710, artículo 8.- Si el Perú deniega la extradición puede someter al inculcado a proceso, para lo que pedirá al Estado solicitante los elementos de prueba».

Esto quiere decir que la denegación de la extradición no es necesariamente signo de impunidad. Por el contrario, puede ser que el Perú considere que esa persona no sólo va a ser sancionada por el crimen que cometió sino que en adición será dañada de alguna forma. Puede evitarlo no extraditando, pero juzgando y eventualmente condenando en el Perú, según reglas que no corresponde estudiar aquí, de manera que el delito quede sancionado de manera debida.

Finalmente, establece:

«Ley 24710, artículo 12.- La extradición será solicitada, por vía diplomática, por el Gobierno del Estado donde la acusación o la condena haya tenido lugar».

El Perú recibe las solicitudes de extradición y les da trámite a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Muchos son los instrumentos internacionales que se ocupan de la extradición. De entre los ratificados por el Perú destaca la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Dice:

«Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, artículo 6.-

1.- Todo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.

2.- Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

3.- La persona detenida de conformidad con el párrafo 1 del presente ar-

título tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo o, si se trata de un apátrida, con el representante del Estado en que habitualmente resida.

4.- Cuando un Estado, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados a que se hace referencia en el párrafo 1 de este artículo 5. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción».

El artículo 4 se refiere a los delitos de tortura, que en el Perú caen bajo los tipos de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, y la propuesta de este artículo inicial es que a quien se sospecha torturador, se le detenga e investigue. Si el sospechoso hizo actos de tortura en otros Estados, se les comunicará la detención y la voluntad o no de juzgarlo.

«Artículo 7.-

1.- El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

[...]"

La alternativa es o extradición o juzgamiento dentro del territorio y por las propias autoridades. La medida es razonable.

«Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, artículo 8.-

1.- Los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir dichos delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.

2.- Todo Estado Parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado Parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a tales delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del Estado requerido.

3.- Los Estados Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dichos delitos como casos de extradición entre ellos, a reserva de las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

4.- A los fines de la extradición entre Estados Partes, se considerará que los delitos se han cometido, no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5".

Este conjunto de medidas establece principios de aplicación del Derecho destinados a favorecer lo más posible la extradición de torturadores, de tal manera que sean juzgados donde cometieron el delito o, en todo caso, por el Estado que los capturó. En realidad, lo que se pretende es hacer de la tortura un delito perseguido internacionalmente, y esa no sólo es una decisión justa sino también efectiva porque quien recurre a las torturas, sabe que puede ser efectivamente sancionado en muchos lugares, no sólo en el Estado donde practicó las atrocidades.

La Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura tiene norma equivalente:

«Convención Americana para prevenir y sancionar la tortura, artículo 11.- Los Estados Partes tomarán las providencias necesarias para conceder la extradición de toda persona acusada de haber cometido el delito de tortura o condenada por la comisión de ese delito, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales sobre extradición y sus obligaciones internacionales en esta materia».

77. Artículo 38

«Artículo 38.- Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Los deberes han sido muy diversamente enfocados en las Constituciones precedentes. El texto del artículo 14 de la Constitución de 1823 contiene obligaciones algo distantes a las que hoy se reconoce en las leyes, aunque no menos pertinentes:

“Constitución de 1823, artículo 14.- Los oficios prescritos por la justicia natural, son obligaciones que muy particularmente debe llenar todo peruano, haciéndose indigno de este nombre el que no sea religioso, el que no ame a la Patria, el que no sea justo y benéfico, el que falte al decoro nacional, el que no cumpla con lo que se debe a sí mismo”.

Sus artículos 15, 16 y 180 tienen mayor familiaridad con los textos actuales:

“Constitución, 1823, artículo 15.- La fidelidad de la Constitución, la observancia de las leyes, y el respeto a las autoridades, comprometen de tal manera la responsabilidad de todo peruano, que cualquiera violación en estos respectos lo hacen delincuente.

“Constitución de 1823, artículo 16.- La defensa y sostén de la República, sea por medio de las armas, sea por el de las contribuciones, obligan a todo peruano en conformidad de sus fuerzas y de sus bienes”.

“Constitución de 1823, artículo 180.- Ningún Peruano podrá excusarse del servicio militar, según y como fuere llamado por la ley”.

El texto de 1826 hizo una enumeración de varios deberes, todos patrióticos, en su artículo 12:

“Constitución de 1826, artículo 12.- Son deberes de todo Peruano:

- 1.- Vivir sometido a la Constitución y a las leyes.
- 2.- Respetar y obedecer a las autoridades constituidas.
- 3.- Contribuir a los gastos públicos.
- 4.- Sacrificar sus bienes, y su vida misma, cuando lo exija la salud de la República.
- 5.- Velar sobre la conservación de las libertades públicas”.

La Constitución de 1828 comienza un período en el que se exige deberes más pragmáticos:

“Constitución de 1828, artículo 159.- Las contribuciones se repartirán proporcionalmente entre los ciudadanos, sin excepción ni privilegio alguno”.

“Constitución de 1828, artículo 172.- La protección de los derechos políticos y civiles de los ciudadanos exige de cada miembro de la sociedad el deber de concurrir al sostén de esta protección por medio de las armas y de las contribuciones en razón de sus fuerzas y de sus bienes”.

Con variaciones, contienen parcialmente el mismo tipo de normas vistas en estos dos dispositivos, el artículo 175 de la Constitución de 1834; el artículo 35 de la Constitución de 1856; el artículo 36 de la Constitución de 1860; el artículo 37 de la Constitución de 1867; el artículo 61 de la Constitución de 1920, y el 214 de la Constitución de 1933.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que anteceden al que comentamos ahora son los siguientes:

“Artículo 73.- Todos tienen el deber de honrar al Perú y de resguardar y proteger los intereses nacionales”.

“Artículo 74.- Todos tienen el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”.

Dentro de la elaboración genérica que corresponde a estos deberes

en un texto constitucional, nuestras dos Cartas dicen normativamente lo mismo respecto de estos temas.

La Constitución de 1979, sin embargo, contenía en su artículo 72 un texto que nos parece muy importante que exista como deber establecido en una Carta Política por su significado educativo para el ciudadano. Decía: *“Toda persona tiene el deber de vivir pacíficamente, con respeto a los derechos de los demás; y de contribuir a la afirmación de una sociedad justa, fraterna y solidaria”*.

Consideramos que es un error haber eliminado esta norma de la Constitución de 1979. Los valores de vida pacífica, de respeto de los derechos de los demás y de una sociedad justa, fraterna y solidaria, son universales y no pertenecen a una determinada ideología, para dejar de pertenecer a otra. Confiamos en que, para una correcta formación del ciudadano en el Perú, sean restituidos al texto constitucional .

Análisis exegético

Los deberes para el ciudadano han sido adelgazados a su mínima expresión en esta Constitución, como puede verse de la comparación con sus similares anteriores.

El primer deber que consiste en honrar al Perú y defender los intereses nacionales tiene dos características en el Derecho:

- Su interpretación debe ser desagregada en normas que le den sentido y significación concreta, en diversas circunstancias. Lo importante es que es un deber positivo para con la sociedad y el Estado y no una fuente de sanciones.
- Constituye un principio general del Derecho que puede ser aplicado para solucionar casos difíciles en los que la teleología del honrar al país y defender sus intereses, puede poner la cuota de interpretación necesaria para solucionar algún problema concreto.

El segundo consiste en respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación. Al establecerse esta disposición, y sobre todo al cumplirse, se configura el Estado de Derecho que es aquella organización política en la que existen normas preestablecidas

que ordenan conductas y fijan reglas de juego. El cumplimiento de dichas reglas ordena a la sociedad, da previsibilidad a las conductas, y facilita las mejores condiciones para el progreso.

Una versión distinta y complementaria de la sujeción al Estado de Derecho como deber viene en la Declaración Americana:

“Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XXXIII.- Toda persona tiene el deber de obedecer a la Ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquél en que se encuentre».

Complementa este artículo la idea de Estado de Derecho al establecer el deber de obedecer los mandamientos legítimos de la autoridad bajo la que se encuentre.

El concepto de autoridad *legítima* o de autoridad *legítimamente* ejercitada no puede ser analizado aquí: pertenece al tema de los artículos 45 y 46 de la Constitución.

Los instrumentos internacionales contienen otros deberes adicionales a los ya vistos, que es preciso conocer en sus contenidos esenciales. Aquí los transcribimos:

“Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 32.-

- 1.- Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
- 2.- Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática».

La familia es institución fundamental de la sociedad porque en ella se produce el núcleo físico, psíquico y espiritual de la vida humana desde la concepción hasta la muerte. La comunidad es el entorno social en el que vivimos y al que pertenecemos cultural y también materialmente: el mito del contrato social no es sino la demostración conceptual de que sin comunidad el ser humano deja de ser plenamente tal. La humanidad no es sólo el conjunto de seres humanos presente, sino también el pasado que nos ha legado los conocimientos y el desarrollo material y espiritual

que ahora tenemos, sino también son las futuras generaciones de mujeres y hombres que tienen derecho a nuestro aporte y, según se ha visto contemporáneamente con claridad, a la preservación del mundo en que vivimos.

Sería imposible establecer el catálogo de todos los respetos y cuidados que les debemos. Por ello dictar una norma genérica que pueda ser interpretada como principio general de responsabilidad frente a ellos es totalmente acertado desde el punto de vista jurídico. Será la jurisprudencia la que desarrolle luego sus significados concretos.

El segundo párrafo es la graficación de una norma conocida y aceptada: los derechos tienen límites traspasados los cuales se abusa de ellos o se los ejerce ilícitamente (no es éste el lugar para discutir la diferencia, que tratamos a propósito del artículo 103). Estos límites son en el caso del artículo que comentamos: los derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. También corresponderá a la jurisprudencia desarrollar el significado de cada uno de estos principios para que sirvan como elemento ordenador de la sociedad.

“Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XXXIV.- Toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación, y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz.

Asimismo tiene el deber de desempeñar los cargos de elección popular que le correspondan en el Estado de que sea nacional».

La primera parte del artículo trata de los deberes para con la Patria en materia de defensa y conservación. Esto incluye el servicio militar obligatorio donde existe, y los diversos servicios civiles que se exija a las personas. Destacan en el Perú los servicios de graduados que se establecen por ley para ciertas profesiones como la de medicina o abogacía, pero no se puede descartar otros que se consideren necesarios y se establezcan legítimamente.

El servicio civil o militar a la Patria, desde luego, no debe ser entendido como una licencia de explotación de las personas, y deberá ser debidamente complementado por el derecho al trabajo, a la libertad de

trabajo y a la retribución legítima cuando ello sea procedente. También por la proscripción al trato humillante o inhumano, que puede ocurrir cuando se establece este tipo de medidas. Así como el ciudadano tiene el deber de colaborar, la autoridad tiene el correspondiente deber de garantizar que dicha colaboración no viole los derechos humanos establecidos.

La participación en servicios para el caso de calamidad pública es un deber también reconocido. Constituye la solidaridad más elemental que, en estos casos, se suele entremezclar con la caridad, ambos principios de conducta benevolente hacia los demás, gratuita, pero no menos exigible éticamente.

El deber de desempeñar los cargos de elección popular que le correspondan en el Estado de que sea nacional responde a dos asuntos diversos: el primero, la palabra empeñada en la postulación, que es un compromiso individual en un contexto de relaciones sociales de carácter público como son la candidatura y la votación popular subsiguiente. El segundo, que la importancia del cumplimiento de los cargos públicos respetando la elección popular fortalece la democracia y el espíritu de la comunidad política, lo que resulta trascendental en la democracia, que es un sistema de gobierno sumamente elaborado y fundado, necesariamente, en la confianza recíproca de los humanos. Un representante electo que no cumple sus funciones, desamerta la democracia y contribuye a generar formas autocráticas y tiránicas de ejercicio del poder.

Una variante de los elementos considerados en el primer párrafo del artículo que acabamos de comentar es ésta:

“Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XXXV.- Toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias».

Finalmente, la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos pagando los impuestos es deber reconocido desde siempre en el contexto de la organización de la sociedad política, inclusive antes de generarse el Estado moderno. Ya hay rastros de este deber en el Evangelio pero la idea es mucho más antigua.

Aún cuando la Declaración francesa se llamó de los derechos del hombre y del ciudadano, incluyó este deber:

“Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 13.- Para el mantenimiento de la fuerza y para los gastos de administración es indispensable una contribución común que debe ser repartida entre todos los ciudadanos en proporción a sus medios”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre también la establece:

“Declaración americana de los derechos y deberes del Hombre, artículo XXXVI.- Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la Ley para el sostenimiento de los servicios públicos».

Consideramos que establecer no sólo los derechos sino también los deberes de las personas frente a la sociedad, es una labor normativa importante porque educa al ciudadano en el respeto a la sociedad de la que tiene derechos, y lo acostumbra a ver no sólo beneficios sino también cargas y responsabilidades. También es importante porque la jurisprudencia tendrá siempre elementos de juicio adicionales para fundamentar responsabilidades bajo forma de principios allí donde las normas de detalle no han considerado (ni pueden considerar) todas las limitaciones que puedan establecerse a los excesos de la conducta humana. Nuestra Constitución de 1993 tenía antecedentes suficientes para elaborar una interesante parte de deberes pero la desperdició pues sólo ha establecido este magro artículo 38, a todas luces insuficiente.

Sin embargo, todas estas normas contenidas en los instrumentos internacionales sobre deberes del ser humano son válidas en el Perú y pueden ser exigidas con pleno valor jurídico, inclusive por las vías jurisdiccionales. La responsabilidad de los tribunales para hacerlos valer en el Perú es importante para la construcción de una sociedad justa y solidaria.

TITULO I

CAPITULO IV

DE LA FUNCION PUBLICA

78. TITULO I, CAPITULO IV: DE LA FUNCION PUBLICA

El capítulo de la función pública ha entrado en el libro constitucional referente a la persona y la sociedad porque, originalmente, la igualdad de acceso a la función pública, fue una reivindicación de justicia, de libertad y de igualdad ante la ley. Hay que recordar que en el *Antiguo Régimen* (que para nosotros incluye la época colonial), no todos tenían acceso a los cargos públicos. Usualmente sólo los nobles *de espada* podían tener acceso a ellos y, en todo caso, los burgueses enriquecidos que no tenían antecedentes nobiliarios, podían comprarlos y detentarlos de por vida (y en casos, inclusive, transmitirlos por herencia).

Una de las reivindicaciones de la revolución liberal del siglo XVIII en Europa y América es la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública y esto queda, efectivamente, señalado en esta parte de la Constitución, en concordancia con aquella otra norma que establece la igualdad ante la ley en la parte de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la función pública se ha vuelto extraordinariamente grande y compleja en los Estados contemporáneos. Por ello, requiere de una regulación complicada que se hace mediante normas de rango de ley y otras muchas de carácter reglamentario. Esta regulación de la función pública se ha abierto paso dentro de la Constitución y, si uno analiza el contenido del capítulo, le da más la impresión de ser un conjunto de reglas de escalafón, de organización administrativa, que de regulación de un derecho ciudadano. En realidad, actualmente la regulación constitu-

cional de la función pública cumple estas dos finalidades confluyentemente.

Un aspecto muy importante de la regulación constitucional de la función pública es el establecimiento de deberes que contribuyan a combatir la corrupción. La parte final del artículo 40 y el artículo 41 de la Constitución de 1993 están ambos dedicados a este propósito.

79. Artículo 39

«Artículo 39.- Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados superiores, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 antecedentes del artículo 39 de la Constitución de 1993, son los siguientes:

“Artículo 58.- Los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación (...).”

“Artículo 60.- Un sistema único homologa las remuneraciones, bonificaciones y pensiones de los servidores del Estado.

La más alta jerarquía corresponde al Presidente de la República. A continuación, a Senadores y Diputados, Ministros de Estado y Magistrados de la Corte Suprema”.

Ambas Constituciones, con cambios de redacción que no conllevan diversa interpretación, tienen en común las siguientes normas:

- Que los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación.
- Que existe una jerarquía en el servicio al Estado encabezada por el Presidente de la República.

La Constitución de 1993 establece el lugar que corresponde a los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo de la Magistratura y al Fiscal de la Nación que ya existían en la Constitución de 1979 pero que no habían sido mencionados en el artículo 60. La Constitución de 1993 equipara a todos ellos al Defensor del Pueblo, no existente en la Constitución de 1979.

También la Constitución vigente establece que se ubican en rango posterior los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, según lo establezca la ley. La Constitución de 1979 no los había mencionado en este punto.

Análisis exegético

La norma establece el principio de que los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, es decir, de la corporación políticamente organizada de peruanos. Estos trabajadores no tienen sino que servir a ese objetivo. No hay otros subalternos o alternativos y, en particular, no debería suceder como a menudo ocurre, que los funcionarios públicos consideran estar al servicio de una determinada fuerza política que es la que los coloca en la actividad pública.

Un Estado se fortalece, y el sistema democrático sólo puede florecer, en un contexto en el que la Administración Pública es un servicio público entrenado y apolítico, que cumple las funciones que le son propias, dentro de la conducción política de quien ejerce el gobierno. Cuando la administración se convierte en un instrumento político más, el Estado pierde consistencia y se vuelve botín de trabajo (cuando no de prebendas) del grupo en el poder.

Parte del ejercicio democrático consiste en formar una Administración Pública profesional e independiente y si bien esa responsabilidad es colectiva en la sociedad, recae con particular énfasis en quienes asumen las funciones de gobierno, porque son los que tienen en definitiva el poder de ordenar las cosas.

La revolución liberal fue la que estableció las bases de una institucionalidad civil de la administración del Estado. Dice la Declaración francesa:

“Declaración de Derecho del Hombre y del Ciudadano, artículo 6.- [...] [La ley] Debe ser la misma para todos, lo mismo cuando proteja como cuando castigue. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o la de su talento”.

Ocurre que en el Antiguo Régimen, y desde largo tiempo antes de la revolución liberal, los puestos públicos era muchas veces vendidos por el Rey a cambio de dinero que le servía para financiar los gastos públicos. De esta manera, la administración pública se convertía en propiedad de personas que, desde luego, harían lo imposible por hacerlos reeditar. La corrupción y el abuso que esta situación conllevaba era de por sí evidente.

La Declaración Universal de Derechos Humanos también establece la igualdad de acceso a la función pública:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21.- [...]»

2.- Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país [...]».

El requerimiento de que los funcionarios y trabajadores públicos estén al servicio de la Nación no es sino un renovado esfuerzo por evitar estas formas de corrupción y debe ser exigido por la sociedad globalmente considerada: el ciudadano, pero también los órganos del Estado que deben supervisar la legalidad de la función administrativa. En particular, los tribunales, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo.

Esta norma del servicio a la Nación afecta no sólo deberes genéricos de la Administración Pública. Por el contrario, está presente en todo objetivo y meta que deban cumplir sus reparticiones: cada una deberá ser medida por su servicio a la Nación y, en consecuencia, aceptada, corregida o descartada.

El artículo continúa estableciendo la jerarquía del servicio a la Nación. En la cúspide se halla el Presidente de la República que, como sabemos, es Jefe de Estado y personifica a la Nación (artículo 110 de la Constitución).

La más alta jerarquía supone así: prerrogativas supremas en el protocolo, remuneración correspondiente, es decir, que debe ser la más elevada de toda la Administración Pública, y responsabilidades supremas también en el funcionamiento del Estado. Para muchos resultará extraño que el Presidente sea considerado un servidor público, pero en efecto lo es, a pesar de haber tenido origen en la elección del pueblo. Sus funciones son de servicio. Como dijo Rousseau:

Así, pues, los que pretenden que el acto por el cual un pueblo se somete a sus jefes, no es un contrato, tienen absoluta razón. En efecto, ello sólo constituye una comisión, un empleo, en el cual, simples funcionarios del Cuerpo soberano ejercen en su nombre el poder que éste ha depositado en ellos, y el cual puede limitar, modificar y resumir cuando le plazca. La enajenación de tal derecho, siendo incompatible con la naturaleza del cuerpo social, es contraria a los fines de la asociación (114).

Un segundo plano establecido por este mismo artículo está conformado por los siguientes funcionarios: congresistas, ministros, miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo de la Magistratura, de la Corte Suprema, Fiscal de la Nación y Defensor del Pueblo. Sobre estos aspectos hay que recordar que el artículo 158 de la Constitución da a los miembros del Ministerio público los mismos derechos, prerrogativas y obligaciones del Poder Judicial en la categoría respectiva por lo que en la segunda categoría no está solamente el Fiscal de la Nación sino todo el conjunto de fiscales supremos.

Finalmente, figuran en un siguiente escalón los alcaldes y representantes de organismos descentralizados, estos últimos no electos sino nombrados y, por consiguiente, con cargos no fundados en el mandato popular.

(114) ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social*. Madrid, Taurus Ediciones S.A., 1966. Libro III. Cap. I, p. 60.

80. Artículo 40

«Artículo 40.- La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta.

Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El acceso a los empleos públicos ha sido siempre preocupación de las Constituciones:

“Constitución de 1823, artículo 22.- Solo la ciudadanía abre la puerta á los empleos, cargos ó destinos de la República, y da el derecho de elección en los casos prefijados por la ley. Esta disposición no obsta para que los Peruanos que aún no hayan comenzado a ejercer la ciudadanía, puedan ser admitidos a los empleos; que por otra parte no exijan edad legal”.

“Constitución de 1826, artículo 17.- Solo los que sean ciudadanos en ejercicio, pueden obtener empleos y cargos públicos”.

“Constitución de 1834, artículo 159.- Todos los ciudadanos pueden ser admitidos a los empleos públicos, sin otra diferencia que la de sus talentos y virtudes”. (Esta misma fórmula fue repetida por el artículo 161 de la Constitución de 1839).

La Constitución de 1856 se ocupó de sancionar las irregularidades en el ejercicio de la función pública (seguida por el artículo 10 de la Constitución de 1860 y por el mismo numeral de la Constitución de 1867):

“Constitución de 1856, artículo 10.- Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas, y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes”.

Sin embargo, también contuvo normas sobre responsabilidad:

«Constitución de 1856 artículo 12.- Los funcionarios públicos son responsables, en todo tiempo, con arreglo a las leyes».

A su turno, la Constitución de 1860 dictó, por primera vez, reglas de nivel constitucional sobre la responsabilidad de los funcionarios (norma que repitieron el artículo 11 de la Constitución de 1867; el artículo 14 de la Constitución de 1920 y el artículo 20 de la Constitución de 1933):

“Constitución de 1860, artículo 11.- Todo el que ejerce cualquier cargo público, es directa é inmediatamente responsable por los actos que practique en el ejercicio de sus funciones. La ley determinará el modo de hacer efectiva esta responsabilidad.

Los Fiscales son responsables, por acción popular, si no solicitan el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo”.

La Constitución de 1920 fue la primera en establecer la prohibición de recibir más de un sueldo del Estado, norma que a partir de entonces ha sido regla inamovible (repetida en el artículo 18 de la Constitución de 1933):

“Constitución de 1920, artículo 12.- Nadie podrá gozar más de un sueldo o emolumento del Estado, sea cual fuese el empleo o función que ejerza. Los sueldos o emolumentos pagaderos por instituciones locales o por sociedades dependientes en cualquiera forma de Gobierno, están incluidos en las prohibición”.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las normas de la Constitución de 1979 que son antecedente del artículo 40 de la Constitución se hallaban en los siguientes artículos:

“Artículo 58.- [...] Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”.

“Artículo 59.- La ley regula el ingreso y los derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos así como los recursos contra las resoluciones que los afectan.

No están comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”.

Las dos Constituciones contienen las siguientes normas comunes:

- Que la ley regula el ingreso a la carrera administrativa así como los derechos y deberes. La Constitución de 1979, en este punto, establecía también que la ley regulaba los recursos contra las resoluciones que afecten a los servidores públicos. La Constitución de 1993 no incorpora esta disposición pero ello no obsta para que dichos recursos figuren en la ley de la carrera administrativa. En realidad, dicha ley sería incompleta y técnicamente deficiente sin ellos.
- Que no están comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. En realidad, sobre estos dos últimos grupos, lo que dice la Constitución de 1993 es que no están comprendidos siquiera en la función pública. Es una especie de contrasentido desde que las empresas del Estado son creadas por ley y la propia Constitución de 1993 pone requisitos exigentes para su existencia (ver el artículo 60).
- Que nadie puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado salvo uno más por función docente.

La Constitución de 1993 establece una norma inexistente en la de 1979: *que los altos funcionarios y servidores públicos que señale la ley deberán publicar periódicamente en el diario oficial los ingresos que perciben por todo concepto en razón de sus cargos. No se trata de la declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión y dejar el cargo, sino de un informe de los ingresos tenidos que es complementario de aquel. Es una disposición de moralización que debe ser reglamentada por la ley para aplicarse. Nos parece correcta.*

Análisis exegético

El artículo 40 versa sobre la organización de la carrera administrativa, que debe tener una institucionalización en la que se conozcan con precisión los derechos, deberes, formas y procedimientos. Todo ello en beneficio sobre todo del ciudadano, para quien trabaja el sector público, pero también de los propios servidores del Estado que así tendrán las garantías laborales mínimas para ejercitar su trabajo y transitar por los grados de la carrera administrativa.

También es importante, y la Constitución lo dice expresamente, que se fijen las responsabilidades de los servidores públicos. Estas pueden ser de tres tipos:

De conformidad con lo señalado en el Art. 25 del D.Leg. a los servidores públicos les corresponde asumir responsabilidad civil, penal y administrativa, por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan.

Como hemos dicho ya anteriormente, la responsabilidad administrativa está relacionada con las faltas de los servidores (115).

Respecto de la responsabilidad civil dice lo siguiente:

(115) ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Juicio político y procesos a funcionarios*. Trujillo, Editorial Libertad EIRL, 1992, p. 128.

Es aquella en que incurren los funcionarios públicos, por ocasionar daños y perjuicios en el patrimonio del Estado o de particulares, como consecuencia de los actos ilegales o ilícitos que realizan en el ejercicio de sus funciones y que están obligados a resarcirlos.

Consiguientemente, este tipo de responsabilidad tiene un carácter patrimonial, tanto por el daño ocasionado, como por la obligación pecuniaria del resarcimiento. El daño puede haber sido ocasionado por dolo o negligencia inexcusable. El resarcimiento puede implicar —como puntualiza el profesor Guerra Cruz— la restitución patrimonial, el resarcimiento patrimonial (llamado también responsabilidad pecuniaria o responsabilidad administrativa) y la indemnización de daños y perjuicios.

Creemos que la restitución a favor de particulares, procede en el caso de cobros indebidos. A favor del Estado, procede en el caso de usos indebidos de bienes y de que éstos se hubieren destruido o perdido. También procede la restitución a favor del Estado, cuando las cantidades por dar cuenta resultan disminuidas.

En estos casos la sola determinación del daño, puede dar mérito a la restitución pecuniaria y se aplicaría sobre el haber del servidor en el caso que no hiciera efectiva la restitución directamente (116).

Y sobre la forma de accionar cuando existe responsabilidad civil por acción del funcionario, dice el mismo Ortecho:

En este tipo de responsabilidad civil, es necesario hacer la siguiente distinción: en el caso que el perjudicado sea el Estado, la acción se entablará lógicamente contra el funcionario o servidor y con miras a que responda con su patrimonio, si es que lo tuviera. En cambio si el perjudicado es un particular, creemos que la acción debe entablarse contra el funcionario o servidor público que ocasionó

(116) ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Juicio político y procesos a funcionarios*. Trujillo, Editorial Libertad EIRL, 1992, p. 93.

nó el daño y también contra el Estado o la entidad pública respectiva, a manera de un tercero civilmente responsable y a fin de que respondan solidariamente; ya que, el que ocasionó tal daño, lo hizo en ejercicio de su cargo y en tanto estaba al servicio del Estado (117).

En lo que respecta a la responsabilidad penal, la cantidad de tipos delictivos que se pueden cometer contra la administración pública es grande y la naturaleza de las acciones muy variada. Sus numerales en el Código Penal van desde el artículo 361 hasta el 425 (118).

Además del tema de la responsabilidad, el artículo 40 hace diversas distinciones conceptuales: trabajador o funcionario público de un lado, y carrera administrativa del otro: una persona puede ser funcionario pero no estar en la carrera administrativa. Se trata del caso de los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.

Cargo político es aquel que toma parte de las decisiones políticas del país. Puede ser elegido como el caso del Presidente de la República o de los Congresistas, o puede ser nombrado, como el caso de los Ministros o los prefectos.

El cargo de confianza es una responsabilidad dada a una persona por ser ella. El caso típico es un asesor presidencial o ministerial. Lo que en el Derecho se denomina *intuitu personae*. Por consiguiente, es un cargo que no se somete a concurso, ni adquiere estabilidad. Dura lo que la confianza de quien lo nombró. Cuando ella se pierde la persona renuncia o es destituida sin ningún derecho a permanencia. Debido a esta inestabilidad, los cargos de confianza están expresamente señalados en las leyes y, según el Decreto Ley 25515 del 28 de mayo de 1992, no importando a

(117) ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Juicio político y procesos a funcionarios*. Trujillo, Editorial Libertad EIRL, 1992, p. 94.

(118) Aunque, naturalmente, no todos ellos pueden ser cometidos por funcionarios y trabajadores públicos: algunos de los tipos considerados entre estos artículos son cometidos por los ciudadanos contra la administración. Es un asunto que no compete dilucidar en este comentario.

qué nivel, grado o escala de la función pública pertenezcan, dichos cargos serán nombrados obligatoriamente mediante resolución suprema.

Desde luego, como dice el segundo párrafo del artículo, los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta no solamente no pertenecen a la carrera administrativa, sino que tampoco son considerados funcionarios públicos: no pertenecen a la función pública.

Las empresas del Estado son aquellas en las que el capital pertenece íntegramente al Estado peruano. Las sociedades de economía mixta son aquellas en las que, adoptando expresamente tal forma empresarial, el Estado y particulares han invertido conjuntamente el capital necesario, compartiendo la propiedad y la gestión según las condiciones que en cada caso se haya pactado.

La parte final del primer párrafo del artículo prohíbe desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de función docente. Se busca con esta disposición evitar que personas con poder, o que tienen protectores con poder, acumulen cargos y remuneraciones, de manera que en vez de trabajar, se benefician ilícitamente de los caudales públicos.

Desde luego, el funcionario público podrá ejercitar actividades lucrativas o profesionales privadas, siempre que no interfieran con sus obligaciones como funcionario o trabajador público, a menos que lo tenga expresamente prohibido por normas o contratos especiales.

El segundo párrafo establece que se publicará periódicamente en el Diario Oficial *El Peruano* los ingresos totales de los altos funcionarios y otros servidores que señale la ley por razón de sus cargos. La finalidad de esta disposición es controlar la inmoralidad en el manejo de los caudales públicos divulgando información que pueda ser útil para el control de los signos exteriores de riqueza de los altos funcionarios a través del tiempo en que tuvieron poder y pudieron utilizarlo en provecho propio.

El tema de la estructura de la función pública, ha sido discutido en el país, a pesar de lo cual, no se ha logrado hasta ahora dar estabilidad a la función pública e independizarla del poder de turno. SUMMA, que fue

un consorcio de diversas organizaciones no gubernamentales peruanas, presentó una estructuración global de las diversas categorías y grados de la administración pública que es interesante tomar en cuenta, sobre todo cuando el Estado está en reformulación. Decía:

Proponemos:

a. Diferenciar entre el estamento de funcionarios y el de servidores del Estado.

b. Los servidores del Estado se clasifican en personal profesional, personal técnico y personal auxiliar. Se incorporan por concurso de méritos y tienen su propio régimen de carrera. Esta categoría comprende a todo el personal que se desempeña en la administración pública en cargos directivos, el personal de mando medio y en general el personal subalterno. Este personal no tiene injerencia directa en la definición de las políticas de gobierno. Asimismo, están comprendidos en el estamento de servidores del Estado los encargados de la administración, gestión y prestación de los servicios públicos o sociales que están a cargo del Estado (magisterio público, salud pública, extensión, promoción, etc.).

c. Los funcionarios del Estado se diferencian y agrupan en dos categorías:

(i) Funcionarios elegidos y los designados conforme a la Constitución, y,

(ii) Los funcionarios de carrera.

d. Los funcionarios elegidos y los designados conforme a la Constitución están sujetos a juicio de residencia (diputados, representantes regionales, ministros, autoridades de entidades autónomas, etc.).

e. Los funcionarios de carrera son aquellos que asisten directamente al estamento político en la tarea de gobierno y en la formación de las políticas públicas. En los casos de la Judicatura ejercen cargos de gobierno (poder de administrar justicia). Deben incorporarse al servicio por concurso, previa formación profesional y especialización en las materias de gestión y administración gubernamental que imparta el Centro de Altos Estudios de la Función Pública. Son

asignados a los cargos directivos de mayor responsabilidad en la administración pública central y descentralizada, en los organismos claves del Estado, a las funciones asesoras del Congreso y la Judicatura y a los Organos Autónomos del Estado.

f. Los oficiales con grados de coronel y general o equivalentes de las Fuerzas Armadas y Policiales se consideran funcionarios del Estado y los demás oficiales se consideran servidores del Estado (119).

Consideramos que lo interesante de este planteamiento consiste en diferenciar a funcionarios y servidores del Estado. Los primeros tendrán responsabilidad en la tarea de conducción del Estado bajo los cargos políticos, en tanto que los servidores son profesionales que no tienen otra responsabilidad que la administrativa y en general no tienen control del poder.

Si una estructura de este tipo fuera debidamente establecida, con seguridad que se podría diferenciar entre el estamento político y el profesional, dando a estos últimos la estabilidad y, progresivamente, la especialización necesaria para lograr mayor eficiencia y calidad.

La Administración Pública también tiene ciertas reglas de funcionamiento que resultan muy importantes en su relación con el ciudadano. Parte de ellas es lo que en el Perú se ha denominado la simplificación administrativa que tiene como marco jurídico la ley 25035 del 10 de junio de 1989. Su reglamento, el Decreto Supremo 070-89-PCM del 01 de setiembre de 1989, define en sus grandes rasgos el concepto:

«Decreto Supremo 070-89-PCM, artículo 2.- Se entiende por simplificación administrativa los principios y las acciones derivadas de éstos, que tienen por objetivo final la eliminación de obstáculos o costos innecesarios para la sociedad que genera el inadecuado funcionamiento de la Administración Pública.

(119) SUMMA. *El desafío de construir un Estado democrático, descentralizado y moderno*. Lima, SUMMA, 1993, p. 108.

Las disposiciones a que se refiere el presente reglamento tienen su fundamento en la participación de los ciudadanos y los medios de comunicación social en el proceso regulatorio y en la existencia del cumplimiento de los derechos y garantías establecidos por ley».

Los principios fundamentales de la simplificación administrativa fueron establecidos por la Ley 25035:

«Ley 25035, artículo 2.- Las funciones que desarrolla la Administración Pública están sujetas a los siguientes principios generales:

1. La presunción de veracidad, que rige en las relaciones de aquélla con sus funcionarios y servidores y con el público y que consiste en suponer que las personas dicen la verdad. Esta presunción admite prueba en contrario.
- 2.- La eliminación de las exigencias y formalidades cuando los costos económicos que ellas impongan sobre la sociedad, excedan los beneficios que le reportan.
3. La desconcentración de los procesos decisorios a través de una clara distinción entre los niveles de dirección y de los de ejecución.
4. La participación de los ciudadanos en el control de la prestación de los servicios por parte de la Administración Pública, y en la prestación misma de los servicios».

Los principios, estimamos, son suficientemente claros como para requerir comentarios adicionales pero su cumplimiento por la Administración Pública es obligatorio en todos los ámbitos siguientes:

«Ley, 25035, artículo 1.- Para los efectos de la presente ley, la Administración Pública comprende los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo, las reparticiones de éste último, las instituciones, entidades u órganos a los que la Constitución Política del Perú confiere autonomía, las instituciones públicas descentralizadas, las empresas de derecho público, los gobiernos regionales cuando se constituyan, los gobiernos locales, los organismos descentralizados autónomos y, en general, las entidades del Estado de derecho público y en cuanto ejerzan funciones administrativas.

[...]

Finalmente, y por la importancia de la discriminación de la mujer en el trabajo, vale la pena recordar que la Convención sobre los derechos políticos de la mujer ha establecido la igualdad de oportunidades de ellas a ejercer funciones y cargos públicos:

«Convención sobre los derechos políticos de la Mujer, artículo III.- Las mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna».

Este es un derecho vigente en el Perú y que de acuerdo a la metodología que hemos seguido en esta parte, tiene rango constitucional por lo que puede ser exigido mediante las garantías constitucionales existentes.

81. Artículo 41

«Artículo 41.- Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado».

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La responsabilidad por el manejo ilícito de los recursos públicos a cargo de los funcionarios del Estado estuvo presente desde temprano en la Constituciones de la República:

“Constitución de 1834, artículo 172.- Son responsables los administradores del Tesoro por cualquier cantidad que se extraiga, que no sea para los efectos ó inversiones ordenada por la ley”.

“Constitución de 1834, artículo 176.- Todo funcionario del Poder Ejecutivo, sin excepción, está sujeto al juicio de residencia al acabar su cargo; y sin este requisito no puede obtener otro, ni volver al que antes ejercía. Este juicio no perjudica a la acusación de que habla el artículo 23. El Consejo de Estado y los fiscales son responsables por acción popular de la falta de cumplimiento de este artículo”.

El artículo 11 de la Constitución de 1856, también estableció juicio de residencia para todo empleado público, con las características del artículo que acabamos de transcribir.

«Constitución de 1867, artículo 5.- [...]»

No se puede remover a los empleados judiciales, civiles y de hacienda, sino por causa legal, comprobada judicialmente».

La Constitución de 1920 también declaró enérgicamente contra la corrupción de funcionarios:

«Constitución de 1920, artículo 139.- Todo funcionario político contra el que se declare judicialmente responsabilidad en el ejercicio de su cargo, quedará inhabilitado para volver a desempeñar otro cargo público, durante cuatro años, aparte de las penas de distinta naturaleza que pudieran corresponderle».

La Constitución de 1933 obligó en su artículo 22 a la declaración de bienes y rentas, y agravó en relación al artículo 139 de la Constitución de 1920 la inhabilitación del funcionario cuya responsabilidad sea declarada.

«Constitución de 1933, artículo 22.- Todo funcionario o empleado público, civil o militar, si tiene bienes o rentas independientes de su haber, como tal, está obligado a declararlo expresa y específicamente, en la forma que determine la ley».

«Constitución de 1933, artículo 187.- Los funcionarios políticos de quienes se ocupa este título contra los que se declare judicialmente responsabilidad por actos practicados en el ejercicio de sus funciones, quedarán permanentemente inhabilitados para desempeñar cualquier cargo público, sin perjuicio de la pena que les impongan los tribunales».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El Artículo de la Constitución de 1979 antecedente del que ahora comentamos es el siguiente:

“Artículo 62.- Los funcionarios y servidores públicos que determina la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por él, deben hacer declaración jurada de sus bienes y rentas al tomar posesión y al cesar en sus cargos, y periódicamente durante el ejercicio de éstos.

El Fiscal de la Nación, por denuncia de cualquier persona o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial cuando se presume enriquecimiento ilícito.

La ley regula la responsabilidad de los funcionarios a los que se refiere este artículo”.

La norma de declaración jurada de bienes y rentas es sustantivamente la misma en las dos Constituciones. Pero la de 1993 establece que no sólo debe ser hecha al tomar posesión y cesar, sino también durante el ejercicio del cargo. Nunca serán innecesarias las normas que pretenden lograr la moralización del país y es correcto que sean establecidas en la Constitución, como es este caso.

También es igual en ambas Constituciones la disposición de que el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial cuando se presume enriquecimiento ilícito. A su

vez, las dos Constituciones establecen que la ley debe indicar la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos.

La Constitución de 1993 añade dos normas importantes:

- La primera, que debe establecerse inhabilitación de la función pública cuando hay corrupción. Es una norma que existe ya en las disposiciones penales, pero es prudente establecerla constitucionalmente, sobre todo para controlar la corrupción a veces inmanejable del Estado.
- La segunda, que el plazo de prescripción se duplica en los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado. Nuestra opinión, como será dicho más abajo, es que estos delitos deben ser imprescriptibles durante la vida de quien los cometió hasta que sean juzgados, desde luego, con las debidas garantías a quien resulte inculpa. Lo contrario es eludir la ley y la moralidad pública (entre otras cosas, porque quien se beneficia de los recursos públicos normalmente podrá comprar conciencias y hacer los gastos que le permitan alejarse de la justicia peruana hasta que se produzca el término de la prescripción: son los mismos efectos del delito que cometió los que le garantizarán la impunidad en muchos casos).

Análisis exegético

El artículo 41 está destinado a reducir la grave incidencia que la corrupción tiene en el manejo de los recursos del Estado. Obliga a quienes están mencionados en el primer párrafo a hacer una declaración de bienes y rentas en diversos momentos del ejercicio del cargo.

La declaración jurada es un documento en el que la persona indica su patrimonio total, y detalla los principales bienes con que cuenta, particularmente si son bienes inmuebles o muebles registrables. La finalidad de la declaración jurada es tener elementos de juicio para estudiar como evolucionan los recursos patrimoniales de la persona, comparándolos con sus signos exteriores de riqueza. Si hubiera notoria desequiparidad entonces puede haber presunción de enriquecimiento ilícito a costa del Estado, o del poder de que se disponga en cada caso.

Precisamente, ante las denuncias de corrupción de personal de las Fuerzas Armadas que servía en las zonas de producción ilícita de hoja de coca, el Gobierno dictó el Decreto Ley 25427 del 09 de abril de 1992, mediante el cual se ordena que el personal de oficiales de las fuerzas armadas y la Policía Nacional que sea designado a prestar servicios en zona de Huallaga y demás zonas coccaleras, haga declaración jurada de bienes y rentas.

El segundo párrafo del artículo establece que ante la presunción del enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación puede denunciar de dos formas:

- Por denuncia de terceros que, como es natural, deberá verificar y evaluar.
- De oficio, es decir, por su propia iniciativa cuando encuentre indicios razonables de que se pudiera haber cometido un delito.

Desde luego, hay una tercera forma que no ha sido consignada aquí por un defecto técnico de la Constitución, porque se debiera haber hecho referencia a ella en esta enumeración: se trata de los casos en los que el Congreso formula acusación de naturaleza penal luego del procedimiento del antejuicio: en esta circunstancia el Fiscal de la Nación debe necesariamente denunciar y el último párrafo del artículo 100 de la Constitución establece: "Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso". Los detalles de esta norma los discutimos en el lugar correspondiente.

Esta atribución dada al Ministerio Público es consistente con la reconocida en el inciso 5 del artículo 159 de la misma Constitución que le da competencia para ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

El funcionario que incurre en enriquecimiento ilícito debe ser sancionado. Esta sanción tendrá una dimensión civil que será la devolución de lo apropiado; una administrativa que será la destitución del puesto y una penal que será la purga de una condena, a la que irá añadida una inhabilitación para la función pública. Estas tres dimensiones con confluyentes y no excluyentes, aunque no necesariamente coexistirán las tres siempre.

Las inhabilitaciones procedentes en casos de funcionarios públicos están establecidas en el artículo 36 del Código Penal:

“Código Penal, artículo 36.- La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;

[...]

8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio de que se hubiese servido el agente para cometer el delito”.

La inhabilitación puede ser pena principal o accesoria según el artículo 37 del Código Penal y, según el 38, cuando es pena principal se extiende de seis meses a cinco años. La imposición como pena accesoria está regida por el artículo 39:

“Código Penal, artículo 39.- La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública (...). Se extiende por igual tiempo que la pena principal”.

El párrafo final establece que la prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado. Se trata aquí de la prescripción extintiva de acciones penales y penas que consiste, como se sabe en que, transcurrido un cierto lapso, la acción penal no puede ser interpuesta y si lo estuvo no puede ser continuada; o, en el caso de la pena, que transcurrido un cierto lapso, la pena ya no debe ser cumplida por quien fue sentenciado a ella.

La prescripción de la acción penal está considerada en el artículo 80 del Código Penal. Dice:

“Código Penal, artículo 80.- La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.

En caso de concurso real de delitos las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada caso.

En el caso de concurso ideal de delitos las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.

En ningún caso, la prescripción será mayor a veinte años.

En los delitos que merezcan otras penas la acción prescribe a los tres años”.

Y la prescripción de la pena está regulada en el artículo 86:

“Código Penal, artículo 86.- El plazo de prescripción de la pena es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal. El plazo se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme”.

Esto quiere decir que, en el caso de los delitos contra el patrimonio del Estado, las acciones penales y las penas durarán el doble del tiempo señalado en estas disposiciones. Se hace más difícil escapar a la sanción.

Sin embargo, también se ha propuesto, y concordamos con ello, que en realidad se establezcan dos normas que deben ser necesariamente complementarias:

- La primera, la imprescriptibilidad de los delitos que cometan los servidores y funcionarios públicos de todos los rangos y niveles contra el patrimonio del Estado.
- La segunda, que es deber de una comisión *ad hoc* del Congreso, re-

visar la conducta de los funcionarios públicos y recibir denuncias permanentemente, de tal manera que esté obligada, con plazos debidamente proporcionados, a estudiar las posibles acusaciones y a tramitarlas sin dilaciones ni posposiciones.

La primera norma haría imposible la impunidad del delito contra el caudal público, cosa muy importante para la vida futura del que delinque: nunca estará a salvo hasta que obtenga una sentencia absolutoria. La segunda da garantía a las personas que ocuparon cargos públicos, de que no se pospondrá permanentemente una amenaza latente contra ellas por intereses políticos, cosa que desgraciadamente ha sido muy frecuente en los últimos decenios en el Perú.

Finalmente, hay que recordar que el Perú ha ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita en Caracas el 29 de Marzo de 1996. La aprobación fue hecha por la Ley 26575 del 12 de marzo de 1997 y la ratificación por el Decreto Supremo 012-97-RE del 21 de marzo del mismo año.

82. Artículo 42

«Artículo 42.- Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente constitucional en la Carta de 1979 del artículo que comentamos es el siguiente:

“Artículo 61.- Se reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos.

Esta disposición no es aplicable a los funcionarios del Estado con

poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza, ni a los miembros de las Fuerzas Armadas ni a la Policía Nacional”.

Las normas de ambas Constituciones son equivalentes, salvo en que la de 1993 incluye entre aquellos a quienes no se reconocen los derechos de sindicalización y huelga a los funcionarios que desempeñan cargos de *dirección*, mención que no hacía la de 1979. Sin embargo, es razonable pensar que los cargos de dirección serán normalmente de confianza, de tal manera que en nuestro criterio se trata más de una especificación que de la incorporación de una nueva categoría. Por lo demás, estos cargos son señalados por normas legislativas y su determinación está en última instancia sujeta a la discrecionalidad del gobierno. Lo creemos correcto: así debe ser.

Análisis exegético

Los derechos de sindicación y huelga han sido reconocidos a todos los trabajadores en el artículo 28. Allí comentamos extensamente su amparo internacional y sus detalles normativos y conceptuales. Aquí, se extienden expresamente a los servidores públicos que, como hemos anotado antes, son distintos de otros funcionarios a los que se excluye de estos derechos de manera expresa. Son los siguientes casos:

- Funcionarios del Estado con poder de decisión. Es imposible hacer la descripción de todos estos funcionarios porque son diversos y numerosos. Sin embargo, en cada caso habrá que determinar si tiene o no poder de decisión según las normas vigentes, para saber si puede o no ejercitar estos derechos.
- Funcionarios que desempeñan cargos de confianza o de dirección, lo que es evidente en los cargos de confianza, ya que las personas que los ocupan están allí porque tienen una relación directa con los jefes y sólo permanecerán mientras gocen de su confianza. La sindicalización en este caso carece de propósito. En cuanto a los funcionarios de dirección, también es correcto excluirlos porque, precisamente, son quienes ejercen la función de jefes laborales y sería inconsistente que la *patronal* formara parte del sindicato, aunque esta analogía como todas ellas sea en parte imperfecta e insuficiente.

- Miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se entiende que en tanto tales. Esto se hace por la naturaleza de su función y por el poderío material del Estado con el que cuentan. Es evidente que resulta imposible tolerar acción sindical y de huelga de este personal. Sin embargo, un militar o policía retirado que sigue perteneciendo a su institución de acuerdo a las leyes de su instituto y que ingresa a trabajar a una institución civil, sí podrá tener sindicación y huelga. La aclaración debió ser hecha en la Constitución y eso constituye un defecto técnico. Sin embargo, es obvio que debe considerarse en estos términos aunque no haya texto expreso.

Al no tener formas de defensa estos funcionarios y servidores, deberán contar con las garantías suficientes para que sus condiciones de trabajo y sus remuneraciones tengan una calidad suficiente y adecuada, en la medida de las posibilidades del Estado. No hacerlo será crear condiciones de descontento y presiones ilegítimas que no tendrán buen fin ni colaborarán a la democracia.

Los instrumentos internacionales se ocupan de los derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva de los trabajadores públicos (esta última no mencionada en la Constitución). Dice el Convenio 151 OIT:

“Convenio N.151 OIT, artículo 1.-

- 1.- El presente Convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo.
- 2.- La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.
- 3.- La legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía».

Como puede verse, el Convenio autoriza que en casos especiales como los indicados en el artículo 42 y que hemos reseñado brevemente antes, se pueda negar los derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva.

Lo propio hace el convenio 87 OIT que trata, también, sobre sindicación:

“Convenio N. 87 OIT, artículo 9.- La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente convenio (...)”.

Establecidos los alcances del Convenio 151, a continuación reseñamos sus principales normas reconociendo derechos a los servidores públicos:

- Concede libertades sindicales y protección contra actos arbitrarios que pretendan privarlo de ellas.

“Convenio N.151 OIT, artículo 4.-

1.- Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo.

2.- Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

- a) sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella;
 - b) despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización».
- Reconoce independencia para las organizaciones sindicales mismas:

“Convenio N.151 OIT, artículo 5.-

1.- Las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia respecto de las autoridades públicas.

2.- Las organizaciones de empleados públicos gozarán de adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración.

3.- Se consideran actos de injerencia a los efectos de este artículo principalmente los destinados a fomentar la constitución de organizaciones de empleados públicos dominadas por la autoridad pública, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de empleados públicos con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de la autoridad pública».

- Reclama licencias sindicales y otras facilidades para que los dirigentes puedan cumplir adecuadamente sus funciones:

“Convenio N.151 OIT, artículo 6.-

1.- Deberán concederse a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas.

2.- La concesión de tales facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración o servicio interesado.

3.- La naturaleza y el alcance de estas facilidades se determinarán de acuerdo con los métodos mencionados en el artículo 7 del presente Convenio o por cualquier otro medio apropiado».

- Concede el derecho de negociación colectiva. Como se ve del artículo 42, este derecho no ha sido expresamente considerado por la Constitución (ni, a su turno, estuvo en la de 1979). Sin embargo, al figurar en el Convenio 151, es aplicable como derecho constitucional también en el Perú y puede ser exigida a través de las garantías constitucionales existentes, según hemos fundamentado en la parte introductoria de los derechos constitucionales.

“Convenio N.151 OIT, artículo 7.- Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones».

- Plantea instancias de solución de conflictos que sean imparciales, esto es, que la resolución no sea realizada por el Gobierno, quien normalmente será una de las dos partes de la negociación:

“Convenio N.151 OIT, artículo 8.- La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados».

- Finalmente, pretende buscar equiparidad entre servidores públicos y privados en relación al ejercicio normal de la libertad sindical que, indudablemente, está referido a la capacidad de asistir y votar en las asambleas, participar en las movilizaciones y aprobar y ejercitar el derecho de huelga sin represalias que puedan ser legítimamente válidas:

“Convenio N.151 OIT, artículo 9.- Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones».

*ESTUDIO DE LA CONSTITUCION
POLITICA DE 1993. TOMO II*

de Marcial Rubio Correa

Este libro se terminó de imprimir en el mes de
febrero de 1999, en los talleres gráficos de
Editorial e Imprenta DESA S.A.

(Reg. Ind. 16521)

General Varela 1577, Lima 5, Perú.

PUBLICACIONES RECIENTES

EDITH ARANDA DIOSES

Del diseño del orden a la imagen trizada (Talara: de ciudad cerrada a ciudad abierta). 1998. 215 p.

PILAR GARCIA-JORDAN (Editora)

Fronteras, colonización y mano de obra en la Amazonía Andina. 1998. 544 p.

GORKI GONZALES MANTILLA

Poder judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú. 1998. 168 p.

TONG GYU HWANG

Posada de nubes y otros poemas. 1998. 136 p.

RENE ORTIZ CABALLERO

Universidad y modernización en el Perú en el siglo XX. Biblioteca de Derecho Político. Vol. III. 1998. 124 p.

ANTONIO PEÑA JUMPA

Justicia comunal en los Andes, 1998, 350 p.

ORLANDO PLAZA

Desarrollo rural. Enfoques y métodos alternativos. 1998, 418 p.

GONZALO PORTOCARRERO

Razones de sangre. 1998, 304 p.

MIRIAM SALAS

Estructura colonial del poder español en el Perú. Huamanga (Ayacucho) a través de sus obrajes, siglos XVI-XVIII. 1998 Tomo I, 612 p. Tomo II, 572 p. Tomo III Anexos.

MANUEL VICENTE VILLARAN

Lecciones de derecho constitucional. 1998. 716 p.

ELENA VIVAR MORALES

La Inscripción registral de la propiedad inmueble en el Perú. 1998. Tomos I y II, 684 p.