Marcial Rubio Correa

ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Tomo 3

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FONDO EDITORIAL 1999

Marcial Rubio Correa
ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993
3

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 DE 1993

MARCIAL RUBIO CORREA

ESTUDIO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1993

TOMO III

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
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 III

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

Derechos reservados

ISBN 9972-42-120-1 (Colección)
ISBN 9972-42-124-3 (T.III)

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

Impreso en el Perú - Printed in Peru

INDICE

83. TITULO II: ESTADO Y NACION 11
83.1 El tema de la nación 11
83.2 La idea del Estado 20
84. TITULO II, CAPITULO I: ESTADO, NACION Y TERRITORIO 26
85. Artículo 43 30
86. Artículo 44 48
87. Artículo 45 60
88. Artículo 46 69
89. Artículo 47 76
90. Artículo 48 78
91. Artículo 49 80
92. Artículo 50 85
93. Artículo 51 91
93.1. El Plano Nacional 94
93.1.1. La Supremacía Constitucional 94
93.1.2. Las normas con rango de ley 97
93.1.2.1. La ley 97
93.1.2.2. El Decreto Legislativo: delegación de atribución legislativa por el Congreso en el Ejecutivo 101
93.1.2.3. Los tratados 102

93.1.2.4. Los decretos de urgencia 104
93.1.3. Los decretos y resoluciones 105
93.1.4. Organos constitucionales con potestad de dictar normas generales 105
93.2. El plano local 106
94. Artículo 52 109
95. Artículo 53 120
96. Artículo 54 126
97. TITULO II, CAPITULO II: TRATADOS 141
98. Artículo 55 146
98.1. El concepto de tratado 147
98.2. La incorporación de los tratados al Derecho peruano 151
98.2.1. Dualismo y monismo 151
98.2.2. Las normas constitucionales sobre incorporación de tratados 153
98.2.2.1. El artículo 55 de la Constitución 153
98.2.2.2. El artículo 3 de la Constitución 161
98.3. La colisión entre el Tratado y la norma con rango de ley 162
99. Artículo 56 166
100. Artículo 57 171
101. TITULO III: REGIMEN ECONOMICO 177
102. TITULO III, CAPITULO I: PRINCIPIOS GENERALES 195
103. Artículo 58 197
103.1. La iniciativa privada libre 199
103.2. La economía social de mercado 202
103.3. El rol del Estado en la economía social de mercado 213
103.4. Leyes sobre liberalización del mercado 217
103.5. Una propuesta de reforma del tratamiento constitucional de la economía de mercado en Italia 220
104. Artículo 59 222
105. Artículo 60 232
106. Artículo 61 239
106.1. La libre competencia 242
106.2. Las posiciones dominantes o monopólicas del mercado son combatidas por el Estado en pro de la libre competencia 250

106.3. Las prácticas restrictivas de la competencia 265
106.4. Reglas sobre competencia desleal 272
106.5. La prohibición de monopolio, exclusividad o acaparamiento en los medios de comunicación 274
106.6. Normas de rango de ley que se refieren específicamente a la creación de condiciones de competencia en el Perú 275
106.7. El INDECOPI 276
107. Artículo 62 279
107.1. Las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes 280
107.2. La aplicación del principio de los derechos adquiridos a las cláusulas contractuales 282
107.3. Solución jurisdiccional de los conflictos de naturaleza contractual 289
107.4. Los contratos ley 292
108. Artículo 63 298
108.1. La igualdad de trato a la inversión nacional y extranjera 301
108.2. La libertad de comercio exterior 304
108.3. El sometimiento jurisdiccional de los contratos firmados por el Estado y otras personas de Derecho Público con extranjeros 310
109. Artículo 64 313
110. Artículo 65 316
111. TITULO III, CAPITULO II: AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES 325
112. Artículo 66 327
113. Artículo 67 332
114. Artículo 68 347
115. Artículo 69 352
116. TITULO III, CAPITULO III: PROPIEDAD 359
117. Artículo 70 364
118. Artículo 71 375
119. Artículo 72 379
120. Artículo 73 385
121. TITULO III, CAPITULO IV: REGIMEN TRIBUTARIO Y PRESUPUESTAL 395
122. Artículo 74 399
123. Artículo 75 425

124. Artículo 76 429
125. Artículo 77 432
126. Artículo 78 440
127. Artículo 79 445
128. Artículo 80 450
129. Artículo 81 458
130. Artículo 82 462
131. TÍTULO III, CAPÍTULO V: MONEDA Y BANCA 475
132. Artículo 83 477
133. Artículo 84 480
134. Artículo 85 486
135. Artículo 86 488
136. Artículo 87 493
136.1 El fomento y garantía del ahorro 495
136.2 La Superintendencia de Banca y Seguros 501
137. TITULO III, CAPITULO VI: REGIMEN AGRARIO Y DE COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS 507
138. Artículo 88 510
139. Artículo 89 518

TITULO II

ESTADO Y NACION

83. TITULO II: ESTADO Y NACION

Este título tiene que ver con los fundamentos de la organización política de la sociedad peruana y trata sobre dos elementos esenciales del pensamiento constitucional contemporáneo: nación y Estado.

83.1 El tema de la nación

El concepto de nación irrumpe en el Derecho Constitucional con la Revolución Francesa, de la mano de Sieyès y colabora decisivamente a moldear la idea de la democracia representativa que hoy existe.

Rousseau había desarrollado un modelo de democracia popular basada en la participación de todos los miembros de la sociedad:

> Supongamos que un Estado tiene diez mil ciudadanos. El soberano no puede considerarse sino colectivamente y en cuerpo, pero cada particular, en su calidad de súbdito, es considerado individualmente. Así, el soberano es al súbdito como diez mil a uno; es decir, que a cada miembro del Estado, le corresponde la diezmilésima parte de la autoridad soberana, aunque esté sometido enteramente a ella. Si el pueblo se compone de cien mil hombres, la condición de los súbditos no cambia, pues cada uno soporta igualmente todo el imperio de las leyes, en tanto que su sufragio, reducido a una cienmilésima, tiene diez veces menos influencia en la redacción de aquéllas. El súbdito permanece, pues, siendo uno,

pero la relación del soberano aumenta en razón del número de individuos, de donde se deduce que, mientras más el Estado crece en población, más la libertad disminuye (1).

Esta concepción llamaba al voto universal y el desarrollo de la revolución urgía, más bien, a una restricción de los derechos ciudadanos efectivos para aquellos que eran considerados los más capaces de interpretar los intereses públicos. De otro lado, la dimensión de un país como Francia, con casi treinta millones de habitantes en aquellos tiempos, hacía imposible pensar en una asamblea de ciudadanos como la roussoniana. La representación a través de una asamblea con poderes específicos tenía que ser sustentada para hacer viable el inicio de las reglas democráticas.

La forma de lograrlo fue recurrir al concepto de nación. Sieyes dice:

"Qué es una nación? Un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por la misma legislatura." (2).

Los elementos de esta caracterización de Nación son tres:

- Un cuerpo de asociados que, en la tradición del contrato social que viene desde más de un siglo antes que él, significa un conjunto de personas que, afines entre sí, se reúnen a formar una sociedad política. Es un pueblo con una cierta identidad que decide darse organización para el uso del poder común.

- Una ley común, que es el equivalente de la norma aprobada por la voluntad de todos los asociados. Rousseau la llamaría la *voluntad general,* pero Sieyes no es un roussoniano en estos aspectos y la hace aprobar por los representantes en la legislatura.

---

(1) ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social.* Madrid, Taurus Ediciones S.A, 1966. Libro III; Cap. I, pp. 61-62.

(2) SIEYES *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid, Ed. Aguilar, 1973. Cap. I, p. 13.

- La representación del pueblo de asociados dentro de la legislatura que da la ley común.

Pueblo, norma y representación son los elementos que definen la nación en una unidad inseparable. Nótese que sólo el pueblo no basta y que pueblo y nación no son equivalentes. Por el contrario, sólo un pueblo con orden jurídico y representación política pueden ser llamados nación.

La nación constituye al poder. Para ello, siendo libre y no pudiendo no serlo, se da una Constitución con las reglas que regirán a la sociedad política:

"En toda nación libre, y toda nación debe ser libre, no hay sino una manera de terminar con las diferencias que se produzcan con respecto a la Constitución. No es a notables a quien hay que recurrir: es a la nación misma. Si carecemos de Constitución, hay que hacer una; solo la nación tiene derecho a ello." (3).

Al aprobar la Constitución, la nación no tiene ningún límite que no sea el Derecho natural. Por consiguiente, puede establecer las normas que estime pertinentes y ellas serán el Derecho básico de la sociedad:

"Pero que se nos diga según qué criterios, según qué interés hubiera podido darse una Constitución a la nación misma. La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella solo existe el derecho natural." (4).

Hay una diferencia, pues, entre nación y gobierno: la nación existe por sí misma basada en el derecho natural en tanto que el gobierno es instituido según las reglas que la nación le da en la Constitución:

La nación se forma por el solo derecho natural. El gobierno, por el

---

(3) SIEYES. *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid, Ed. Aguilar, 1973. Cap. V, p. 69.

(4) SIEYES. *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid, Ed. Aguilar, 1973. Cap. V, p. 75.

contrario, solo puede pertenecer al derecho positivo. La nación es todo lo que puede ser por el solo hecho de que es. No depende de su voluntad atribuirse más derechos de los que tiene. En su primera época tiene todos los de una nación. En la segunda época los ejerce; en la tercera hace ejercer por sus representantes todo lo que es necesario para la conservación y el buen orden de la comunidad. Si se sale de esta serie de ideas solo se puede caer de absurdidades en absurdidades (5).

Y, por ello mismo, mientras la voluntad de la nación es el origen de toda legalidad, el gobierno no puede sino conducirse por las reglas que la nación le impone:

El gobierno no ejerce un poder real sino en tanto que es constitucional; no es legal sino en tanto que es fiel a las leyes que le han sido impuestas. La voluntad nacional, por el contrario, no tiene necesidad sino de su realidad para ser siempre legal; ella es el origen de toda legalidad.

No solamente la nación no está sometida a una Constitución, sino que no puede estarlo, sino que no debe estarlo, lo que equivale a decir que no lo está.

No puede estarlo. ¿De quién, en efecto, hubiera podido recibir una norma positiva? ¿Hay una autoridad anterior que haya podido decir a una multitud de individuos: «Yo os reúno bajo tales leyes; formaréis una nación en las condiciones que yo os prescribo»? No hablamos aquí de bandidaje ni dominación, sino de asociación legítima, es decir, voluntaria y libre.

¿Se dirá que una nación puede, por un primer acto de su voluntad, a la verdad independiente de toda forma, comprometerse a no querer en el porvenir sino de una manera determinada? Ante todo, una nación no puede ni alienar ni prohibirse el derecho de querer; y cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el dere-

---

(5) SIEYES *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid, Ed. Aguilar, 1973. Cap. V, p. 78.

cho a cambiarla en el momento en que su interés lo exija. En segundo lugar, ¿con quién se habría comprometido esta nación? Concibo cómo puede obligar a sus mandatarios, y todo lo que le pertenece; pero ¿puede, en ningún sentido, imponerse deberes hacia sí misma? Siendo los dos términos la misma voluntad, puede siempre desprenderse del pretendido compromiso.

Aun cuando pudiera, una nación no debería encerrarse en las trabas de una forma positiva. Sería exponerse a perder su libertad, sin vuelta, pues no haría falta sino un momento de éxito a la tiranía para entregar los pueblos, so pretexto de Constitución, a una forma tal, que no les sería posible ya expresar su voluntad y, por consiguiente, sacudir las cadenas del despotismo. Debe concebirse las naciones sobre la tierra como individuos fuera del lazo social, o según se dice, en el estado de naturaleza. El ejercicio de su voluntad es libre e independiente de todas las formas civiles. No existiendo más que el orden natural, su voluntad, para surtir todo su efecto, no tiene necesidad de llevar los caracteres naturales de la voluntad. De cualquier manera que una nación quiera, basta que quiera; todas las formas son buenas, y su voluntad es siempre la ley suprema. Puesto que, para imaginar una sociedad legítima, hemos supuesto a las voluntades individuales, puramente naturales, la potencia moral de formar la asociación, ¿cómo nos negaríamos a reconocer una fuerza semejante en una voluntad común, igualmente natural? Una nación no sale jamás del estado de naturaleza, y en medio de tantos peligros, nunca son demasiadas todas las maneras posibles de expresar su voluntad. Repitámoslo: una nación es independiente de toda forma; y de cualquier manera que quiera, basta que su voluntad aparezca para que todo derecho positivo cese ante ella como ante la fuente y el dueño supremo de todo derecho positivo (6).

Es bastante evidente que la idea de nación que utiliza Sieyes no es universal y, más bien, corresponde a ciertas realidades históricas como la Francia de su época: un pueblo unido por tradiciones, por una vida y un mercado común, con una misma lengua y diferente en la mayoría si no

---

(6) SIEYES. *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid, Ed. Aguilar, 1973. Cap. V, pp. 78-81.

en todas estas cosas a los pueblos que lo rodeaban. En realidad, en términos cartesianos, un pueblo *claro y distinto*.

Cuando intentamos aplicar este concepto de nación a realidades como la peruana, algunas cosas quedan fuera de lugar, a pesar de que en el transcurso de los años, efectivamente se produce un mestizaje, un acercamiento cultural de las diferentes sociedades que conviven en el mismo territorio, una integración física a través de las vías y medios de comunicación, una participación común creciente con el establecimiento del voto universal a partir de 1980, etc.

Es indudable que existe una idea de comunidad y que ésta crece constantemente pero, al mismo tiempo, hay también diferencias y distancias internas que debemos limar para ser más homogéneos dentro de las diferencias que tenemos y que debemos también respetar.

La nación requiere, por definición que cada ser humano que la compone sea igual a los demás, al menos en los aspectos esenciales de la vida humana social y política. Si esto no ocurre, no tenemos verdaderamente ciudadanos iguales y el concepto de nación se corrompe porque hay personas de diferentes categorías. Este puede no ser un fenómeno formal, pero sí un fenómeno real que influya en lo formal: será más fácil evadir la sanción de la ley a ciertas personas que a otras; habrá quienes tengan posibilidad de acceso a lo esencial en virtud de contactos, mientras los que no los tienen tampoco tienen acceso a nada, etc.

Cuando estas diferencias asumen rasgos culturales, raciales, de lengua, etc., la dificultad de constituir propiamente una nación es más grave y la urgencia del esfuerzo es mayor.

Este es el caso del Perú, dividido desde la Colonia en *República de Indios* y *República de españoles*, que no supo lograr los resultados beneficiosos que de ello hubiera podido devengar y, más bien, obtuvo lo malo de la dominación de los segundos sobre los primeros, de la distinción entre pobres y ricos asociada en general al color de la piel, de la ignominia del tributo de raza en una sociedad formalmente liberal e igualitaria.

Dice Enrique Bernales en un trabajo dedicado a este tema:

Sucede, como señala M. Hernández, que con la conquista y colonización se filtró un modo de relación que engendraba arrogancia en unos, resentimiento en otros y la adopción de identidades «negativas» en los más. Es decir, identidades basadas en el repudio de las características, valores y tradiciones propias, a las que se trató con menos aprecio. Es obvio que de esta manera quedó en gran parte anulado el esfuerzo colectivo para descubrir la propia identidad.

En efecto, ganada la independencia el país debió ser ordenado según las pautas que imponía la doctrina jurídica de corte republicano liberal. Como dice Basadre, se construyó una realidad que, más allá de sus defectos y límites, impuso su ámbito jurisdiccional sobre un ámbito territorial libre y soberano. A partir de ello se resolvió por lo menos esta cuestión: el Perú podía plantearse como problema y posibilidad, pero en modo alguno pensarse y mucho menos aceptarse su disolución. En cambio, lo que quedó como tarea planteada fue la construcción de una identidad nacional que abarcase por igual a gobernantes y gobernados; a blancos, indios y mestizos (7).

Sin embargo, también hay avances significativos en la construcción de la nación común y en la aceptación y respeto de las diferencias, aun cuando falta mucho para llegar a la plena comunidad e igualdad ciudadana: la urbanización del país ha colaborado decisivamente a ello. De otro lado, las obras de infraestructura vial y el desarrollo vertiginoso de las comunicaciones hacen que peruanos que antes tenían un contacto muy lejano con las ciudades y con otros peruanos, puedan ahora comunicarse (con limitaciones es cierto) y sentirse más integrados al Perú. El mercado interno también ha crecido en los últimos años, al punto que muchas de las comunidades de las que antes se decía se autoabastecían en la sierra y selva, ahora están integradas a la vida económica nacional, en posición

---

(7) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *Cultura, identidad y violencia en el Perú contemporáneo.* En VARIOS AUTORES. *Violencia en la región andina: caso Perú.* Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1993, p. 50.

desmejorada y como satélites marginales, pero integradas al fin y al cabo y con perspectivas de tener cada vez mayor participación.

La construcción de nación exige al Perú un esfuerzo especial por las diferencias y la escasez de riqueza. Es de especial importancia el esfuerzo en educación, que permitirá que los peruanos nos reconozcamos mejor entre nosotros, potenciemos nuestras posibilidades de desarrollo y forjemos, colectiva e individualmente, el proyecto de un futuro común.

Luego de una investigación sobre violencia y pacificación que duró varios años y se extendió a varios países, decían las conclusiones del trabajo para el caso peruano en lo que ahora tratamos:

> Así entonces, en el plano cultural encontramos [...] al mismo tiempo, elementos positivos que pueden conducir a procesos de pacificación. La cultura en resistencia de los sectores dominados, particularmente la raza indígena, es una reacción positiva frente a la violencia de dominación que sufren. En sí mismos, dominación y lucha se traban en relaciones violentas, pero no se puede dejar de ver que la resistencia prolongada indica también vitalidad y autoestima colectiva entre quienes resisten. Por consiguiente, la población india peruana (y la chola en lo que le toca) tiene recursos como para participar en el proceso de construcción de una sociedad más pacífica. El respeto a la pluralidad y la interacción creativa entre culturas son posibles en el Perú. De hecho, la informalidad no es sólo un fenómeno económico y social. También tiene expresiones culturales que abarcan a millones de personas, sobre todo en las zonas populares de las ciudades. Si bien esas expresiones fueron marginadas durante largo tiempo, hoy se han abierto paso hacia los medios de comunicación masiva y es probable que, por los bríos de los sectores emergentes, se produzca una coexistencia de expresiones culturales en el país. Esta coexistencia —y, de ser el caso, su progresiva interrelación— no debe ser un fenómeno detenido sino estimulado.
>
> Un segundo factor positivo consiste en que los sectores marginados no quieren segregación sino integración, y que han construido su propio espacio para lograr dicha integración. Esto, al pun-

to de que lo informal y lo formal en el Perú, en sus distintas manifestaciones, son cada vez menos separables uno de otro (8).

Sobre la nación habrá de posarse un Estado como institucionalidad política que organiza el poder. Existe, así, una vinculación entre el Estado y la nación, que condujo al concepto de Estado-nación: éste no es sino el aparato de manejo de poder sobre una nación.

> Fue el constitucionalismo francés el que estatizó a la nación, el que fundamentó la teoría de que la nación asume forma y personalidad política en el Estado. El Estado fue definido, así, como una vestidura orgánica y política de la nación, como una armazón colocada sobre la nación preexistente en cuanto persona moral Consecuentemente, la doctrina constitucional francesa descubre en el Estado una metamorfosis nacional. La nación, dice Hauriou, es el grupo considerado como materia social, mientras que el Estado es este mismo grupo revestido de una determinada forma política. O sea que la nación misma se hace Estado, se convierte en Estado; el Estado es la nación organizada. Tal es también el pensamiento de Carré de Malberg; el Estado y la nación son las dos caras de un mismo ente de derecho; en cuanto persona, la nación se llama Estado (9).

Los Estados que pretenden posarse sobre dos o más naciones distintas, han perdido peso en la historia reciente: Unión Soviética, Yugoslavia y Bélgica son ejemplos de nacionalidades que exigen también autonomía política.

En el caso peruano, el Estado independiente se posó sobre una sociedad fracturada y llena de diferencias internas. Esta ha sido una carga

---

(8) MAC GREGOR S.J., Felipe y RUBIO CORREA, Marcial. *Síntesis sobre la violencia en el Perú y estrategias de pacificación.* En VARIOS AUTORES. *Violencia en la región andina: caso Perú.* Lima, Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz, 1993, pp. 261-262.

(9) BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho Constitucional.* Buenos Aires, Ediar Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera 1968, t. I, pp. 300-301.

fuerte y costosa para el Perú, sobre todo porque hasta no hace muchos años, el proyecto político fue el de la dominación de un grupo sobre otro. La historia peruana llena de gobiernos de facto es reveladora tanto del no reconocimiento de la igualdad de los ciudadanos y de su derecho a decidir, como de la dominación de ciertos sectores sociales sobre otros. Esta dominación se halla ahora en retirada o, por lo menos, en transformación: con el inmenso proceso de urbanización del país (en treinta años pasó de 35% a 70% de población urbana) muchos espacios tanto físicos como sociales y económicos han tenido que abrirse para recibir a personas de los más distintos orígenes. Se produce, así, la convivencia de seres humanos que antes no se hubieran ni encontrado casualmente en las calles, por las distancias sociales y físicas que existían entre ellos.

La nación peruana se seguirá construyendo como proceso humano y social. Es preciso que los grandes valores que la inspiren sean la unidad de los peruanos y el respeto a las diferencias, como maneras distintas de apreciar el mundo entre seres humanos que se consideran uno al otro como ciudadanos iguales en lo esencial.

83.2 La idea del Estado

Muchos definen al Estado como un objeto que existe, que tiene componentes, partes, funciones, procedimientos, etc. Esta es una forma de comprender al Estado pero en nuestro criterio es artificialmente fija e insuficiente.

Si buscamos los grandes procesos que llevan al Estado contemporáneo, veremos que siempre fueron pugnas de poder, bien entre facciones, bien entre pueblos o entre reyes.

Lo que llamamos Estado contemporáneo, no es sino un inmenso esfuerzo histórico y acumulativo de la humanidad por regular el ejercicio del poder, por ponerle límites y reglas. Las Constituciones han sido el instrumento que se ha utilizado sistemáticamente para ello mediante dos aspectos complementarios:

- Las declaraciones de derechos que, como vimos, fueron reafirmaciones de áreas que el poder no podía tocar porque estaban más allá de sus alcances.

«Entre todos los límites impuestos al poder del Estado se considera que el más eficaz es el reconocimiento jurídico de determinados ámbitos de autodeterminación individual en los que el Leviatán no puede penetrar. El acceso a estas zonas prohibidas está cerrado a todos los detentadores del poder, al gobierno, al parlamento y, dado que los derechos fundamentales son «inalienables», también el electorado. Estas esferas privadas, dentro de la cuales los destinatarios del poder están libres de la intervención estatal, coinciden con lo que se ha venido a llamar desde hace trescientos años los «derechos del hombre» o «libertades fundamentales». Siempre que estos derechos se refieren a la familia, al matrimonio, a la religión y a la educación, se trata más que de libertades individuales de instituciones básicas del orden social liberal occidental, siendo anteriores a cualquier Constitución; cualquier alusión constitucional tiene, pues, tan sólo un valor declarativo. Otros derechos, especialmente los que hacen referencia a la vida, a la libertad personal y a la propiedad, están establecidos en las diferentes constituciones como derechos legalmente protegidos y exigibles. Aunque están sometidas a una interpretación variable debido a la diferencia del ambiente donde están en vigor, estas garantías fundamentales son el núcleo inviolable del sistema político de la democracia constitucional, rigiendo como principios superiores al orden jurídico positivo, aún cuando no estén formulados en normas constitucionales expresas. En su totalidad, estas libertades fundamentales encarnan la dignidad del hombre» (10).

- Las reglas de origen del poder, de sus atribuciones y sus límites, consolidadas en la separación de los poderes. Dice al respecto Lucas Verdú:

  La doctrina de la separación de poderes, que junto a la garantía de los derechos componen la columna vertebral del Estado liberal, respondió, como vimos, a la idea de la limitación del poder. Sobre la libertad, la igualdad y los derechos del hombre gravitó una conste-

---

(10) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* Barcelona, Editorial Ariel, 1976. Tercera Parte, Cap. XI.

lación de principios, interpretaciones y doctrinas filosóficas y económicas; en cambio, su incidencia fue menor en el caso de la separación de poderes. Aquí predominaron y predominan las técnicas garantistas, otro importante invento de la burguesía liberal. ¿Qué es el garantismo? Insistimos, analizando y ampliando ideas antes expuestas.

El garantismo a) no es un valor; b) tampoco es un producto que merezca por sí solo introducirse en el firmamento de la imaginería constitucional; c) es una mera técnica puesta al servicio de los contenidos del Estado de Derecho. Según esto, la libertad, la igualdad, los derechos del hombre, emblemas del Estado liberal, serán operativos mediante la técnica de la separación de poderes, mediante su respeto por la administración y por la interpretación del derecho positivo cumplida por los jueces (11).

Lo esencial de las Constituciones fue y es el manejo del poder en la sociedad, es decir, una tarea de organización política. El hecho que actualmente se reconozca a la Constitución una posición jurídica de supremacía estructuralmente establecida dentro del Derecho, no aminora tampoco su significación política, aunque sí la matiza.

Dice Alberto Borea al respecto:

La ciencia del Derecho Constitucional explica jurídicamente el fenómeno del poder, cualquiera sea la ideología que sustente a éste y la forma de gobierno que se lleve a cabo en un estado determinado, pero la condición es que exista algún tipo de Derecho. Es decir algún barrunto -cuando menos- de un sistema normativo, que puede ser escrito y codificado o simplemente consuetudinario, que haga, hasta cierto punto de vista, previsibles los comportamientos de los actores políticos y las de los súbditos frente a la organización política" (12).

---

(11) LUCAS VERDU, Pablo y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. *Manual de Derecho Político*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1987, p. 269.

(12) BOREA ODRIA, Alberto. *Los elementos del Estado Moderno*. Lima, Centro de Estudios Legislativos, Económicos y Sociales, CELES, 1994, p. 21.

Por otra parte, el Estado contemporáneo no solamente se organizó, estableció derechos y puso límite al poder de las autoridades que lo rigen. También se democratizó y esto significó establecer reglas de juego sobre el origen popular del poder en la sociedad.

Las normas correspondientes vinculan al Estado con la nación: el poder del Estado se ejercita mediante representantes y éstos son elegidos por la nación.

No hemos dicho que en la historia del Estado fue el pueblo el que eligió a los representantes porque ello hubiera requerido una democracia popular roussoniana que no fue la que se implantó con las revoluciones liberales. Más bien, se impuso un sistema mediante el cual votaban algunos, cuyo voto era funcionalmente equivalente al voto de la nación. Se consideraba que los que votaban eran los más capaces y que la nación les encomendaba tal tarea en beneficio de todos. La nación fue así, colectivamente hablando, un centro de imputación de derechos políticos que, en la práctica, condujo a que el poder estuviera en pocas manos, si comparábamos los votantes existentes con los que deberían haber existido si el régimen hubiera sido de democracia real.

Es en estos últimos años que se llega al voto universal. En el Perú votamos todos, por primera vez, en 1980 cuando también se reconoció ciudadanía a los analfabetos. Desde entonces, y con una pequeña interrupción desde el 05 de abril hasta el 31 de diciembre de 1992, el país ha visto desarrollarse la democracia representativa y, también, ha visto contiendas electorales de las que finalmente salía un ganador que recibía el poder y gobernaba.

La democracia se ha unido así, a la esencia misma del Estado contemporáneo y forma parte de los aspectos positivos de su definición actual.

También el Estado evoluciona significativamente en su rol dentro de la economía. Tratamos el tema con más detenimiento en la introducción a la parte correspondiente de la Constitución pero, aquí, es preciso decir que contemporáneamente se desarrolla todo un gran y especializado aparato de supervigilancia del cumplimiento de las reglas de juego en la

sociedad, particularmente a través de entidades públicas de control como superintendencias y otros órganos que existen con el mismo propósito.

Esta no es una misión que el Estado contemporáneo siempre haya tenido. Por el contrario: hasta hace pocas décadas, la idea fue que asumiera cada vez mayor importancia en la gestión de la vida económica misma y en la provisión de empleo a través de empresas públicas y otros organismos similares.

Sin embargo, los problemas de dimensión y drenaje de recursos que tuvieron los Estados en buena parte del mundo, obligaron a rediseñar los sistemas y a llamar a mayor actividad e iniciativa al sector privado, pero siempre bajo vigilancia.

El Estado tiene diversas facetas y todas las cumple simultáneamente teniendo como base fundamental el ejercicio del poder. Por eso decimos que el Estado no *es* nada que pueda ser definido en un momento dado porque es un *proceso* y, por consiguiente, está en constante evolución.

Podemos congelar un momento del Estado para estudiarlo o analizarlo, pero eso no será *El Estado*, sino una parte en un momento determinado, y con todos los límites que tiene estudiar, estáticamente considerado, un objeto cuya mejor definición supone que está siempre en movimiento.

El Estado tiene un *aparato* conformado por entes de gobierno y de administración: ministerios, instituciones, juzgados, etc. Muchos tienden a confundir al Estado con su aparato. Es un error. La esencia del Estado es el manejo del poder político. Así lo entenderemos en el trabajo que desarrollamos.

Finalmente, es importante señalar que el Estado no existe aislado en el mundo. Por el contrario, interactúa con otros Estados y con organismos internacionales en un mundo crecientemente comunicado, complejo, globalizado. El Estado no vive sólo para el interior de su territorio y para las personas que componen su pueblo. También se relaciona en la sociedad internacional de naciones. Dice Lucas Verdú:

"Por último, conviene añadir que siendo por ahora el Estado, institución capital del derecho constitucional, aunque no la única ni exclusiva, es lógico que su correspondiente teorización sea importantísima, tanto en el orden interno como en el internacional en cuanto sujeto principalísimo, tampoco el único y exclusivo, de su correspondiente comunidad" (13).

Es en el espíritu señalado, que este título II de la Constitución trata al Estado y la nación:

- Al Estado como organización política de la sociedad que cumple finalidades específicas relacionadas con el ejercicio del poder.
- A la democracia entendida como el sistema en el que el poder se origina en el pueblo y se organiza democrática y representativamente.
- A la nación como un conjunto rico de personas, culturas, idiomas, religiones y tradiciones.
- A la nacionalidad como la pertenencia de las personas al Estado.
- A las relaciones internacionales a través de la regulación de los tratados.

(13) LUCAS VERDU, Pablo y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. *Manual de Derecho Político*. Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1987, p. 34.

TITULO II

CAPITULO I

ESTADO, NACION Y TERRITORIO

84. TITULO II, CAPITULO I: ESTADO, NACION Y TERRITORIO

El Estado es el proceso de organización de la sociedad para el ejercicio del poder político. Debido a que el poder es un elemento esencialmente activo y dinámico, que en sí mismo no tiene límites ni en objetivos ni en medios, es preciso regularlo. Hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XVIII, el poder no estaba formalmente regulado en los países mayores de Europa, salvo probablemente en Inglaterra. América, como se sabe, era aún colonia europea.

Si bien es cierto que el *Antiguo Régimen* tenía ciertas reglas morales de ejercicio del poder absoluto del monarca, ellas eran a menudo rebasadas y la inseguridad general de las personas por el carácter arbitrario del poder político era muy grande.

Las Constituciones aparecieron en la segunda mitad del siglo XVIII, primero en los Estados Unidos de Norteamérica y luego en Europa comenzando por Francia, para regular el ejercicio del poder, para ponerle tasa y medidas, para establecer sus límites. Parte esencial de esta tarea, era dibujar en sus grandes contornos las características del Estado.

En este capítulo se dan las grandes definiciones, que luego serán detalladas en el tratamiento de los distintos órganos, inmediatamente a continuación.

Los grandes parámetros que constitucionalmente se fijan al Estado están en los artículos 43 y 44:

- El carácter republicano.
- Sus principios democrático, social independiente y soberano, uno e indivisible.
- El régimen de gobierno unitario, representativo, descentralizado, organizado según el principio de separación de poderes.

También se establecen sus deberes primordiales que serán las tareas a las que los gobiernos a cargo del Estado deberán dedicarse con mayor esfuerzo.

Las reglas sobre el origen y ejercicio del poder se hallan establecidas en los artículos 45 y 46. Los rasgos más saltantes son:

- Que el poder emana del pueblo y que se ejerce por quienes están llamados a ello bajo cumplimiento de la legalidad. Nadie puede arrogarse el poder porque ello constituirá delito.
- Las personas no están obligadas a obedecer al gobierno usurpador y existe el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional.
- Los actos de quienes usurpan funciones públicas son nulos.

Se configura así una forma republicana y representativa de gobierno con Estado de Derecho. Forma republicana porque las autoridades son elegidas y rotan en el ejercicio del cargo. Representativa porque el gobierno elegido tiene la representación del pueblo que lo elige. El Estado es de Derecho en el sentido que el poder no se ejerce a libre arbitrio sino que está sometido a las reglas que la Constitución y las leyes establecen.

Pero no hay que olvidar que el objeto de establecer una sociedad política con estas regulaciones, es en definitiva organizar las cosas para el mayor bienestar de los seres humanos que habitan en el territorio del Estado y que, por consiguiente, se someten a la autoridad de su gobierno.

El pueblo del Estado es el agregado de seres humanos que conforman la sociedad, sin que pueda hablarse de nada distinto que la suma de todos ellos. Sin embargo, paralelamente al desarrollo de la idea liberal en

el mundo moderno, también se desarrolló la idea de nación, que consiste en una institucionalidad en la que el conjunto de personas que pertenecen al pueblo, adquieren una unidad cualitativamente distinta a la suma de seres humanos. La nación es un ente unitario que resulta ser más que las personas que la componen: tiene un pasado, un presente y un futuro. El pasado, porque fue forjada por los antecesores de quienes hoy conforman el grupo humano. El presente porque todas las personas que conforman el grupo humano pertenecen a ella, y el futuro porque el grupo humano presente tiene la conciencia de que legará la pertenencia a él a sus hijos.

La nación no es un puro fenómeno demográfico. Por el contrario, la proyección desde el pasado y hacia el futuro, la formación de una historia común que se proyecta, dan a la nación características culturales distintas a las de los demás grupos humanos. A la nación pertenecen tradiciones, héroes, episodios, relaciones humanas y económicas, maneras de ser e, inclusive, características raciales propias. La nación es, así un fenómeno sociológico e histórico complejo que constituye la base de una organización política.

Entre los rasgos nacionales que la Constitución recoge en esta parte están:

- La determinación de los idiomas aceptados dentro del Estado. El idioma es un rasgo típico de nación.
- Los símbolos de la patria que constituyen emblemas de la nacionalidad.
- El reconocimiento de la Iglesia Católica para la formación del Perú.
- La determinación de la nacionalidad peruana que es el vínculo jurídico entre los miembros de la nación y el Estado, que entre otras cosas los convierte ciudadanos, es decir, personas con derechos cívicos y políticos en la sociedad.

Finalmente, para la adecuada organización de la sociedad política tiene que existir un territorio que es el espacio geográfico en el cual viven las personas sometidas al gobierno, y también en el cual tienen plena validez las decisiones soberanas que se toman. Contemporáneamente, no puede existir un Estado sin territorio, aunque sí pueden haber naciones y gobiernos sin él.

En este capítulo, entonces, se dictan las reglas básicas de definición del Estado, de la nación y del territorio.

En relación al tratamiento que al tema daba la Constitución de 1979, existen dos modificaciones dignas de mencionar en la Constitución de 1993. Son las siguientes:

- El artículo 88 de la Constitución de 1979 establecía: "*El Estado rechaza toda forma de imperialismo, colonialismo, neocolonialismo y discriminación racial. Es solidario con los pueblos oprimidos del mundo*". Es una norma declarativa pero que contiene principios válidos por sí mismos y educativos de la solidaridad y la cooperación entre los pueblos. De todo ello, tal vez lo único que permanece en la Constitución de 1993 es el rechazo a la discriminación racial por la norma de igualdad ante la ley que consigna el artículo 2 inciso 2. Creemos que la mayoría constituyente eliminó este artículo por el afán que se puso de dar una Constitución pragmática y técnica hasta donde fuera posible. Además, una fórmula como la del artículo 88 fue considerada por ciertos sectores de pensamiento, como demasiado teñida ideológicamente. No obstante, pensamos que no lo es, que lo que allí se rechaza es rechazable y que la solidaridad con los pueblos oprimidos es un valor humano válido por sí mismo. Por consiguiente, somos partidarios de que una norma de esta naturaleza exista en la Constitución como una guía de principios para la actuación internacional del gobierno que esté a cargo del Estado peruano.

- El segundo aspecto es el trato disminuido que se ha dado en la Constitución a las reglas de la nacionalidad. Consideramos que el tratamiento que hacía la Constitución de 1979, sobre todo en los artículos 91 a 93 ahora suprimidos, debería haber quedado en el rango constitucional (y que se refieren a la adquisición de la nacionalidad peruana por extranjeros en diversas hipótesis). Si se pretendía ampliar estas posibilidades, bastaría con haberlo dicho en la propia Constitución. Las normas sobre nacionalidad son trascendentales porque regulan el vínculo jurídico de las personas con la sociedad política y les dan la condición de ciudadanas. Si las dejamos libradas a la ley, algún determinado gobierno puede cometer arbitrariedades inaceptables y eso no es bueno en asuntos de importancia como éste.

Sí hay que decir, en cambio, que el tema de la pérdida de la nacionalidad peruana está mejor tratado en la Constitución de 1993 que en la de 1979, tanto en precisión como en contenido.

85. Artículo 43

«Artículo 43.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Los elementos de la definición del Estado peruana son numerosos y han figurado como antecedente en todas las Constituciones republicanas del Perú, como no podía ser de otra manera.

La Constitución de 1823, inaugurando la vida republicana e independiente, establece un complejo de siete artículos en el que define a la nación (artículo 1); establece su independencia hasta de familias, forma curiosa para los tiempos actuales (artículo 2); incorpora las reglas clásicas de la configuración del pacto social y del significado de sus cláusulas para quienes componen la sociedad (artículo 4); establece la condición trascendental de los derechos individuales propia del iusnaturalismo de la época que, como se sabe, los consagró como reconocibles pero no otorgables por la organización política (artículo 5); ordena el carácter popular y representativo del gobierno en la mejor tradición francesa de fines del siglo XVIII (Artículo 27); y formula una transparente separación de los poderes, claramente centrada en la división de funciones antes que en los "*pesos y contrapesos*" que luego han predominado en la teoría constitucional contemporánea y que ya podía leerse en los clásicos norteamericanos de ese entonces (artículos 28 y 29). Aquí las normas:

«Constitución de 1823, artículo 1.- Todas las provincias del Perú, reunidas en un solo cuerpo forman la Nación Peruana».

«Constitución de 1823, artículo 2.- Esta es independiente de la Monarquía Española, y de toda dominación extranjera, y no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia».

«Constitución de 1823, artículo 4.- Si la Nación no conserva o protege los derechos legítimos de todos los individuos que la componen, ataca el pacto social: así como se extrae de la salvaguardia de este pacto cualquiera que viole alguna de las leyes fundamentales».

"Constitución 1823, artículo 5.- La nación no tiene facultad para decretar leyes que atenten a los derechos individuales".

"Constitución 1823, artículo 27.- El Gobierno del Perú es popular representativo".

«Constitución de 1823, artículo 28.- Consiste su ejercicio en la administración de los tres poderes legislativo, ejecutivo y judiciario, en que quedan divididas las principales funciones del poder nacional».

«Constitución de 1823, articulo 29.- Ninguno de los tres poderes podrá ejercer jamás ninguna de las atribuciones de los otros dos».

Los artículos 1, 2, 7, 9 y 10 de la Constitución de 1826 siguieron los rasgos esenciales de esta propuesta, aún cuando el artículo 9 indicaba que "El poder supremo se divide para su ejercicio en cuatro secciones Electoral, Legislativa, Ejecutiva y Judicial".

También sigue el mismo patrón normativo la Constitución de 1828 en sus artículos 1, 2, 7, 8 y 9. Sin embargo, hay que resaltar el rechazo a las formas de unificación estatal propuestas inmediatamente antes de ella (y que luego se concretarían por breve plazo en la Confederación Perú-Boliviana). El artículo pertinente fue el 2, en su parte final:

«Constitución de 1828, artículo 2.- La nación peruana es para siempre libre é independiente de toda potencia extranjera. No será jamás patrimonio de persona ó familia alguna; ni admitirá con otro Estado unión ó federación que se oponga a su independencia».

Tampoco sale del patrón establecido por la Constitución de 1823, dentro de los términos globales en que es aplicable la comparación de Constituciones en esta parte de antecedentes, la normatividad que la Constitución de 1834 contiene en sus artículos 1, 7, 8 y 9.

La Constitución de 1837, que estableció la Confederación Perú-Boliviana, es única dentro de la historia nacional. Las normas generales que regirían esta corta forma de Estado fueron las siguientes:

«Constitución de 1837, articulo 1.- La República de Bolivia y la de Nor y Sud del Perú se confederan entre sí. Esta confederación se denominará Confederación Perú-Boliviana».

«Constitución de 1837, artículo 2.- El objeto de la confederación Perú-Boliviana es el mantenimiento de la seguridad interior y exterior de las repúblicas confederadas, y de su recíproca independencia en los términos acordados en este pacto».

«Constitución de 1837, artículo 3.- El presente pacto es la ley fundamental de la confederación, y las tres repúblicas confederadas se obligan a sostenerlo».

«Constitución de 1837, artículo 6.- Cada una de las repúblicas tendrá un Gobierno propio con arreglo a sus leyes fundamentales y a este tratado. Más las tres repúblicas confederadas tendrán un Gobierno general con las atribuciones señaladas por este mismo tratado».

«Constitución de 1837, artículo 7.- El Gobierno de la Confederación Perú-Boliviana residirá en el Poder Legislativo General, en el Ejecutivo General y en el Poder Judicial General de la Confederación».

La Constitución de 1839, que siguió a la corta vida de la Confederación Perú-Boliviana, definió nuevamente al Perú en los términos generales en que lo había hecho ya la Constitución de 1823. Sin embargo contiene dos normas que vale la pena comentar brevemente:

«Constitución de 1839, artículo 2.- La nación peruana es libre é independiente: no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia, ni hacer con otro Estado pacto alguno que se oponga a su independencia y unidad».

El rechazo de principio que el artículo 2 establece frente a una nueva posible confederación es claro y tajante. Como en la Constitución de 1828, la posibilidad de perder la identidad y autonomía es rechazada frontalmente. No será hasta bien entrado el siglo XX, en que las Constituciones abandonen esta línea de pensamiento y empiecen a sostener la necesidad de la integración.

La otra norma interesante es el artículo 12 que a las características de popular, representativo y unitario del gobierno, añade las de responsabilidad y alternatividad, síntoma de búsqueda (que la historia demostraría aún infructuosa durante muchos años) de un gobierno verdaderamente democrático. El texto dijo:

«Constitución de 1839, artículo 12.- El gobierno de la nación peruana es popular representativo, consolidado en la unidad, responsable y alternativo».

También la Constitución de 1856 sigue la línea trazada por la Constitución de 1823 en sus rasgos generales. Como en las Constituciones de 1828 y 1839, rechaza cualquier posible recorte a su soberanía:

«Constitución de 1856, artículo 2.- La nación es libre é independiente, y no puede celebrar pacto que se oponga a su independencia ó integridad, ó que afecte de algún modo su soberanía».

Luego de definir a la nación como la asociación política de todos los peruanos, de repetir lo esencial de las normas sobre separación de poderes y de rechazar cualquier pacto que se oponga de alguna manera a la soberanía (formas declarativas que, como hemos visto, se venían ya utilizando en las Constituciones anteriores), la Constitución de 1860 da una caracterización del gobierno que, salvo el importante rasgo descentralista actualmente presente, ya está configurada en su esencia como hoy lo entendemos:

«Constitución de 1860, artículo 42.- El Gobierno del Perú es republicano, democrático, representativo, fundado en la unidad».

Las Constituciones de 1867 y 1920 no ponen ni quitan nada esencial en materia de normas de caracterización del Perú como organización política.

De la Constitución de 1933 es pertinente transcribir el artículo 1 que, sin embargo, corresponde más propiamente a la materia del artículo 45 de la Constitución de 1993:

"Constitución de 1933, artículo 1.- El Perú es República democrática.

El Poder del Estado emana del pueblo, y se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen".

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de este artículo en la Constitución de 1979 es el siguiente:

"*Artículo 79.- El Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado*".

Ambas Constituciones coinciden en señalar que el Perú es República democrática, social, independiente y soberana y en que su gobierno es unitario, representativo y descentralizado.

La Constitución de 1979 establecía que el Perú era una República *basada en el trabajo*. Los Constituyentes de 1993 consideraron pertinente quitar esta norma del texto de la Carta. A nosotros nos parece un error porque el trabajo es la fuente principal de la riqueza, cosa reconocida por las más diversas teorías de política y economía política. Mantener dicha declaración es cívicamente instructivo. Debería recuperarse para el constitucionalismo nacional.

La Constitución de 1993, por su parte, trae dos declaraciones: la primera que el Estado es uno e indivisible, lo que resulta innecesario desde que el gobierno es unitario y el territorio del Estado inalienable (ver artículo 54 de la misma Constitución). La segunda, que el gobierno se organiza por el principio de separación de poderes. La declaración es válida, aunque para ser verdadera realidad tendrán que confluir dos cosas: una normatividad que efectivamente realice la separación de los poderes y una voluntad política de que los órganos avancen independientemente

en bien de la democracia y de la seriedad de la organización constitucional. Estos requisitos no están siempre simultáneamente presentes.

Análisis exegético

Hasta Maquiavelo, y después, se siguió utilizando la clasificación recibida de Aristóteles para las formas de gobierno: monarquía, aristocracia y democracia. Sin embargo, aquél planteó por primera vez hasta donde sabemos la dicotomía monarquía república en la forma moderna en que hoy la manejamos:

«Todos los estados, todas las soberanías que tienen o que han tenido autoridad sobre los hombres, han sido y son, o repúblicas, o principados" (14).

Para Maquiavelo la República por antonomasia fue Roma y tenía el valor de haber hecho descansar el poder en el pueblo, también, en haber fortalecido ciertos aspectos de la vida pública, entre ellos:

- La libertad, que encuentra consustancial a la noción de república y la pone, como el poder, en manos del pueblo. Dice:

  «Los que organizan prudentemente una república, consideran, entre las cosas más importantes, la institución de una garantía de la libertad, y según sea más o menos acertada, durará más o menos el vivir libre. Y como en todas las repúblicas hay magnates y pueblo, existen dudas acerca de en qué manos estaría mejor colocada esa vigilancia. Los lacedemonios y, en nuestros días, los venecianos, la ponen en manos de los nobles; en cambio los romanos la confiaron a la plebe» (15).

- Una forma inicial de *Estado de Derecho* que puede resumirse en la obligatoriedad de todos de observar la ley, en época en la cual se suponía que el gobernante estaba más allá de ella. Dice:

---

(14) MAQUIAVELO, Nicolás. *El Príncipe.* Madrid, Editorial EDAF S.A., 1989. Cap. I, p. 15.

(15) MAQUIAVELO, Nicolás. *Discursos sobre la primera década de Tito Livio.* Madrid, Alianza Editorial, 1987. Libro I, p. 41.

«Porque no creo que exista cosa de peor ejemplo en una república que hacer una ley y no observarla, sobre todo si el que no la observa es quien la ha hecho» (16).

- La virtud de la conducta ciudadana leal al bien común y al respeto de los derechos de los demás:

«Por esto, entre las instituciones de una república debe existir alguna que vele porque los ciudadanos no puedan hacer el mal bajo la sombra del bien, y que adquieran una reputación que beneficie, y no perjudique, a la libertad, como diremos en su lugar» (17).

- El poder en la república debe estar compartido entre diversos órganos que coexisten unos con otros. Maquiavelo no se refiere aquí a la división de los poderes (tema que se conocerá en la historia más de un siglo y medio después) sino al Estado de Magistraturas romano, pero la idea que subyace es que el poder debe estar distribuido. Sus palabras son:

«Además, ha de notarse aquí que nunca se debe ordenar una ciudad de modo que unos pocos puedan tomar una decisión de las que ordinariamente son necesarias para mantener la república. Por ejemplo, si le das poder a un consejo para que efectúe una distribución de honores y gratificaciones, o a un magistrado para que administre un negocio, conviene, o imponerle una obligación para que tenga que cumplirla en cualquier caso, o disponer que, si no lo quiere hacer así, otro lo haga en su lugar; de otro modo, esta medida sería defectuosa y peligrosa, como hubiera sucedido en Roma si a la obstinación de los cónsules no se hubiera podido oponer la autoridad de los tribunos» (18).

---

(16) MAQUIAVELO, Nicolás. *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Madrid, Alianza Editorial, 1987. Libro I, p. 138.

(17) MAQUIAVELO, Nicolás. *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Madrid, Alianza Editorial, 1987. Libro I, p. 141.

(18) MAQUIAVELO, Nicolás. *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Madrid, Alianza Editorial, 1987. Libro I, p. 149.

- En las repúblicas la regla debe ser la igualdad, como es la desigualdad en las monarquías. Tiene dos textos que son muy significativos:

«Hasta qué punto se conducen los acontecimientos con más facilidad en las ciudades que no están corrompidas, y que donde existe igualdad no se puede establecer un principado, y donde no la hay no se puede establecer una república» (19).

«Conviene, pues, fundar una república donde existe o se ha instituido una gran igualdad y, en cambio, establecer un principado donde la desigualdad sea grande, pues de otro modo se hará algo desproporcionado y poco duradero» (20).

Citamos estas fuentes clásicas para mostrar que, desde su primera concepción al abrir la teoría del Estado moderno, la República ha tenido estos rasgos esenciales que, con las mutaciones correspondientes al paso del tiempo y a la consiguiente evolución de las sociedades, se mantienen en lo que les es esencial.

República, contemporáneamente en el Perú, es una sociedad organizada políticamente bajo la forma de la democracia representativa en la que el poder pertenece al pueblo, con libertad e igualdad, y el gobierno lo ejercen representantes elegidos por dicho pueblo dentro de una concepción de separación de poderes. Tiene diferencias con la concepción de Maquiavelo, sobre todo en la separación de poderes y en la idea de representación, pero los principios que señaló entonces dicho autor en sus obras, todavía están presentes hoy.

En el sentido contemporáneo, que el Perú sea una República, quiere decir que no es una monarquía. Sabemos que en los orígenes de nuestra independencia se especuló con la posibilidad de hacer del Perú una monarquía pero la idea no prosperó y, es un hecho, la concepción del Perú como organización política fue y seguirá siendo la de una república.

---

(19) MAQUIAVELO, Nicolás. *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Madrid, Alianza Editorial, 1987. Libro I, p. 159.

(20) MAQUIAVELO, Nicolás. *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Madrid, Alianza Editorial, 1987. Libro I, p. 163.

Hay quienes piensan que el establecimiento (o restablecimiento) de monarquías es un anacronismo, pero están equivocados: durante este siglo muchos Estados hicieron plebiscitos para saber si serían monarquías o repúblicas. Brasil eligió ser república pero España, en 1978, eligió ser monarquía constitucional. Todo ello depende de la historia, las tradiciones y la imagen colectiva que el pueblo tiene de sí mismo.

Dice la Constitución que el Perú es una república democrática y por ello es importante hacer distinción entre ambos conceptos: la república es una determinada organización del poder en los aspectos estructurales. Es lo que la diferencia de la monarquía. La democracia es una forma de generar el poder, a partir de las decisiones del pueblo. La democracia no es una organización sino un procedimiento. De esto puede fácilmente deducirse que habrá repúblicas no democráticas (es el caso del Perú cuando vive bajo gobierno tiránico originado en un golpe de Estado), pero también habrá monarquías constitucionales con ejercicio de la democracia (muchas de las europeas, destacando la del Reino Unido y también, modernamente, la de España).

La esencia de lo democrático en el mundo moderno que viene desde las revoluciones liberales, consistió hasta hace poco en dos cosas y, en la actualidad, puede decirse que en tres:

- Siempre tuvo el componente de la representación entendida como un gobierno elegido periódicamente por el pueblo.

- Siempre tuvo separación de poderes, en el sentido de que no hay reunión de todas las potestades en una sola persona o en un solo organismo, salvo situaciones extraordinarias y breves conocidas como de dictadura constitucional (en nuestro caso, el régimen de excepción del artículo 137 de la Constitución que no es exactamente poner todo el poder en una sola mano, pero sí concentrarlo grandemente en el Poder Ejecutivo).

- Contemporáneamente, crece la conciencia de que en adición a los elementos anteriores, hay que añadir mecanismos de democracia directa tales como el referendum, la revocación y remoción, la demanda de rendición de cuentas, etc. De todo ello hemos tratado a propósito de los comentarios a los artículos 2 inciso 17 y 31 de la Constitución.

Entonces, el Perú será una república porque tiene organización basada en autoridades todas emergentes de la sociedad, sin privilegio alguno de carácter monárquico, guiado por los principios antedichos; y será democrático porque la manera de asignar el poder es la de decisión del pueblo a través de elecciones periódicas y con posibilidad de participación mediante procedimientos de democracia directa.

Dice la Constitución que el Perú es una república social y esto no debe ser entendido en el sentido que contiene o conforma una sociedad política porque en la definición de todo Estado eso ya está supuesto. Más bien, es una calificación, una forma de ser de ese Estado y consiste en que la vida de las personas no debe tomar en cuenta sólo las dimensiones individuales, sino también las que interesan al todo. Hay un interés privado legítimo, pero también existe un interés común que, en muchos casos, es fraseado como *bien común* pero también como *interés social*. Es lo que conviene a todos, lo que se comparte, lo que unos hacemos por los otros a través de la solidaridad. Concuerda con el artículo 14 de la Constitución que contiene también la solidaridad al decir que la educación la fomenta.

El Perú es una república independiente y soberana. En realidad estos dos atributos son inseparables en la teoría política clásica y significan que el Estado como organización política no tiene ataduras con ningún otro ente, órgano o Estado que exista, y que a su vez, es la voluntad suprema al interior de su territorio y, por ende, del pueblo que vive en él. La soberanía siempre tuvo dos aspectos que son éstos que hemos mencionado: supremacía al interior e independencia frente a los pares en el exterior. Juan Bodino es quien desarrolla por primera vez el concepto de soberanía de manera sistemática, en el último cuarto del siglo XVI. Comienza diciendo:

«La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república [...] Es necesario definir la soberanía, porque pese a que constituye el tema principal y que requiere ser mejor comprendido al tratar de la república, ningún jurisconsulto ni filósofo político la ha definido todavía» (21).

---

(21) BODINO. *Los seis libros de la República*. Madrid, Editorial Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. I, 8, p. 46.

En el punto que tratamos, nos interesa el concepto de poder absoluto. Dice de él:

> Examinemos ahora la otra parte de nuestra definición y veamos qué significan las palabras poder absoluto. El pueblo o los señores de una república pueden conferir pura y simplemente el poder soberano y perpetuo a alguien para disponer de sus bienes, de sus personas y de todo el estado a su placer, así como de su sucesión, del mismo modo que el propietario puede donar sus bienes pura y simplemente, sin otra causa que su liberalidad, lo que constituye la verdadera donación [...]
>
> Así, la soberanía dada a un príncipe con cargas y condiciones no constituye propiamente soberanía, ni poder absoluto, salvo si las condiciones impuestas al nombrar al príncipe derivan de las leyes divina o natural (22).

La soberanía sólo puede tener las cargas de las leyes divina o natural porque provienen de Dios y el príncipe está sometido a él. Sobre la tierra, sin embargo, no habrá poder igual o superior a él dentro de su organización política. Esto es parte de la definición. Lo dice más claro aún cuando trata del atributo soberano de dictar las leyes:

> El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular. Con esto no se dice bastante, sino que es preciso añadir: sin consentimiento de superior, igual o inferior (23).

Y que el soberano está sometido sólo a Dios, y por tanto a nadie más sobre la tierra, de manera que tampoco lo estará a sus pares de la sociedad internacional, lo que tiene que ver con el concepto de independencia, se dice en el siguiente pasaje:

---

(22) BODINO. *Los seis libros de la República.* Madrid, Editorial Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. I, 8, p. 50.

(23) BODINO. *Los seis libros de la República.* Madrid, Editorial Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. I, 10, p. 66.

> Diremos, por consiguiente, que hay dos clases de mando en el ejercicio del poder público: uno soberano, que es absoluto, infinito y que está por encima de las leyes, los magistrados y los particulares; otro legal, sometido a las leyes y al soberano, que es propio de los magistrados y de quienes tienen poder extraordinario de mando en tanto no sean revocados o su comisión no haya expirado. El príncipe soberano no reconoce, después de Dios, a nadie por superior. El magistrado recibe del príncipe soberano su poder y siempre queda sometido a él y a sus leyes (24).

De manera que, desde sus orígenes, la formulación del concepto de soberanía contiene ya la idea de independencia exterior y supremacía interna. Estos son los significados de los atributos de independiente y soberana que tiene la República del Perú en el artículo que comentamos.

Los instrumentos internacionales han reconocido a los pueblos el derecho a la autodeterminación. Dicen con el mismo texto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

«Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1.-

1.- Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2.- Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3.- Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la res-

---

(24) BODINO. *Los seis libros de la República.* Madrid, Editorial Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. III, 5, p. 119.

ponsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas».

El carácter unitario e indivisible del Estado significa que todos sus elementos están indesligablemente unidos y forman un solo ente:

- El pueblo es uno sólo. Ser peruano es formar una sociedad total con cada uno de los demás nacionales y cada uno tiene con los otros algo común.

- El territorio es uno sólo. Puede ser distribuido para fines de mejor gobierno y administración en regiones y municipios, u otras reparticiones, pero nada de ello afecta su unidad esencial como territorio del Estado.

- El Gobierno puede tener también reparticiones, puede tener niveles regionales y locales, puede ejercitarse descentralizadamente, pero de todas formas hay un vínculo de poder que afecta unitariamente en un cuerpo de órganos centrales, a todo el territorio y a todo el pueblo.

El gobierno del Perú es a la vez unitario, representativo y descentralizado, organizándose según el principio de separación de poderes. Estas características sólo pueden ser separadas analíticamente, desde el punto de vista de la exposición, pero el gobierno los tiene a todos simultáneamente y unos se explican y conforman en función de los otros.

El gobierno unitario está representado por lo que conocemos como Gobierno Central, que está constituido por todos los órganos nacionales que ejercen soberanía, en particular por el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. También forman parte de este gobierno unitario, sin embargo, otros órganos especializados como el Tribunal Constitucional, el Banco Central de Reserva, etc.

El gobierno unitario es el que ejerce el poder global y mantiene unido al Estado. Es supremo, sometido sólo a la Constitución y sus principios.

El gobierno descentralizado equivale a decir que, de acuerdo a la Constitución y a las leyes, el poder se distribuye en diversos niveles de tal manera que si bien hay un gobierno unitario, ciertas responsabilidades no serán de él sino de gobiernos regionales y locales que actuarán autónomamente en dichos campos, autorizados por la Constitución y la ley, a las que los órganos del gobierno central deben obedecer tanto como cualquier otra entidad o persona.

La descentralización significa que el poder de decidir está en el órgano inferior y que el superior no puede intervenir porque una norma superior a los dos se lo impide. En el Perú deberá haber descentralización, la que está mejor definida en el caso de las municipalidades que en el de las regiones. En las partes respectivas de este comentario explicamos los detalles que nos llevan a esta conclusión.

El gobierno debe ser representativo, esto es, que quienes lo ejercen actúan en representación de otros que los eligen. Es la forma en que, contemporáneamente, se ha solucionado el viejo problema de la democracia que consistía en que todos los miembros de la comunidad tomaran todas las decisiones trascendentales. Ello pudo ser posible en ciertos Estados-ciudad o en unidades territoriales y humanas pequeñas de otra naturaleza. Sin embargo, no tiene ninguna posibilidad de ejecutarse en las grandes naciones contemporáneas.

Francia fue la que impulsó decididamente la democracia representativa. Sieyés tiene un rol preponderante en ello y comienza diciendo:

> Pero como hace falta siempre ser claro, y no se lo es discurriendo sin principios, rogaremos al menos al lector que considere en la formación de las sociedades políticas tres épocas cuya distinción preparará a necesarias aclaraciones.
>
> En la primera se concibe un número más o menos considerable de individuos aislados que quieren reunirse. Por ese solo hecho forman ya una nación; tienen todos los derechos de esta; ya no se trata más que de ejercerlos. Esta primera época está caracterizada por el juego de las voluntades individuales. Su obra es la asociación. Ellas son el origen de todo poder.
>
> La segunda época está caracterizada por la acción de la vo-

luntad común. Los asociados quieren dar consistencia a su unión; quieren cumplir su fin. Discuten, pues, entre sí, y convienen respecto a las necesidades públicas y al medio de proveerlas. Se ve que aquí el poder pertenece al público. El origen son siempre voluntades individuales, y ellas forman sus esenciales elementos; pero, consideradas separadamente, su poder sería nulo. No reside sino en el conjunto. Le hace falta a la comunidad una voluntad común; sin la unidad de voluntad no llegaría a formar un todo capaz de querer y de actuar. Ciertamente también, este todo no tiene ningún derecho que no pertenezca a la voluntad común. Pero franqueemos los intervalos de tiempo. Los asociados son demasiado numerosos y están dispersos en una superficie demasiado extensa para ejercitar fácilmente ellos mismos su voluntad común. ¿Qué hacen? Separan todo lo que es necesario para velar y proveer a las atenciones públicas, y confían el ejercicio de esta porción de voluntad nacional y por consiguiente de poder, a algunos de entre ellos. Tal es el origen de un gobierno ejercido por procuración. Notemos sobre esto varias verdades: 1. La comunidad no se despoja del derecho de querer. Es su propiedad inalienable. No puede sino encargar su ejercicio. Este principio se examina en otra parte. 2. El cuerpo de los delegados no puede ni siquiera tener la plenitud de este ejercicio. La comunidad no ha podido confiarle en su poder total sino esa porción que es necesaria para mantener el buen orden. No se da lo superfluo en este género. 3. No corresponde, pues, al cuerpo de los delegados alterar los límites del poder que le ha sido confiado. Se concibe que esta facultad sería contradictoria consigo misma.

Distingo la tercera época de la segunda en que no es ya la voluntad común real la que obra, es una voluntad común representativa. Dos caracteres indelebles le pertenecen; hay que repetirlo: 1. Esta voluntad no es plena e ilimitada en el cuerpo de los representantes, no es sino una porción de la gran voluntad común nacional. 2. Los delegados no la ejercen como un derecho propio, es el derecho de otro; la voluntad común no está ahí sino en comisión.

---

(25) SIEYES. *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. Cap. V, pp. 71-73.

Actualmente dejo una multitud de reflexiones a las que esta exposición nos conduciría con bastante naturalidad, y marcho a mi meta. Se trata de saber lo que debe entenderse por la Constitución política de una sociedad, y de observar sus justas relaciones con la nación misma (25).

Sieyés, indiscutiblemente, está dialogando con Rousseau, quien había dicho que la voluntad soberana era indelegable y que por lo tanto no podía haber representación. Ante la imposibilidad de conformar la asamblea universal de ciudadanos de Francia, y en el conflicto político del momento que consistía en la reunión de los Estados Generales y la necesidad del Tercero de convertirse en Asamblea Nacional, es que desarrolla esta idea de las tres etapas. La fórmula de Rousseau sería la segunda y la que Sieyés proponía como solución práctica, la tercera. En todo caso, la idea que subyace es que las decisiones las tomarán los representantes en nombre de los representados como si fueran ellos mismos. Por eso, es que puede proponer en su momento, convertir a la Asamblea del Tercer Estado en la Asamblea Nacional de Francia.

La teoría de la representación está aún más elaborada por Sieyés en la cita que transcribimos a continuación:

Con ayuda de estos esclarecimientos podemos responderá a la pregunta que nos hemos hecho. Es notorio que las partes de lo que creéis ser la Constitución francesa no están de acuerdo entre sí. ¿A quién, pues, corresponde decidir? A la nación, independiente, como necesariamente lo es, de toda forma positiva. Aun cuando la nación tuviera esos Estados generales regulares, no sería ese cuerpo constituido quien hubiera de pronunciarse sobre una diferencia que toca a su Constitución. Habría en ello una petición de principios, un círculo vicioso.

Los representantes ordinarios de un pueblo están encargados de ejercer, en las formas constitucionales, toda esta porción de la voluntad común que es necesaria para el mantenimiento de una buena administración. Su poder está limitado a los asuntos del gobierno.

Representantes extraordinarios tendrán un nuevo poder tal

como plazca a la nación dárselo. Puesto que una gran nación no puede reunirse ella misma en realidad todas las veces que circunstancias fuera del orden común pudieran exigirlo, es menester que confíe a representantes extraordinarios los poderes necesarios en esas ocasiones. Si pudiera reunirse ante vosotros y expresar su voluntad, ¿osaríais disputársela porque no la ejerce en una forma más bien que en otra? Aquí la realidad es todo y la forma nada.

Un cuerpo de representantes extraordinarios suple a la asamblea de esta nación. No tiene necesidad, sin duda, de estar encargado de la plenitud de la voluntad nacional; no necesita más que un poder especial, y en casos raros; pero reemplaza a la nación en su independencia de toda clase de formas constitucionales. No hay necesidad aquí de tomar tantas precauciones para impedir el abuso de poder; estos representantes no son diputados sino para un solo asunto y por un tiempo solamente. Digo que no están constreñidos a las formas constitucionales sobre las cuales tienen que decidir: 1. Eso sería contradictorio, pues esas formas están indecisas y ellos tienen que regularlas. 2. Ellos no tienen nada que decir en el género de asuntos para el que se habían fijado las formas positivas. 3. Están puestos en lugar de la nación misma que tiene que regular la Constitución. Son independientes de esta como ella. Les basta querer como quieren los individuos en el estado de naturaleza. De cualquier manera que sean diputados, que se reúnan y que deliberen, con tal que no se pueda ignorar (¿y cómo lo ignoraría la nación que los comisiona?) que obran en virtud de una comisión extraordinaria de los pueblos, su voluntad común valdrá por la de la nación misma (26).

Los representantes no son todos iguales. Algunos actúan con el poder de constituir al Estado: es esta representación extraordinaria que permite aprobar la Constitución. Una vez cumplida dicha misión, los representantes estarán sometidos a la norma máxima y, en consecuencia, sólo tendrán poderes ordinarios. Puede verse que la distinción entre poderes

---

(26) SIEYES. *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. Cap. V, pp. 82-84.

constituyente y constituido está ya aquí, y que emana siempre de la base popular del poder, que lo encarga de una u otra manera.

Sieyès, sin embargo, no considera que la representación sólo vincule al elector y al representante en el acto electoral. Lejos de ello, el representante debe consultar permanentemente con el representado para que su relación sea fluida y correcta en términos de interpretación de la voluntad. Dice:

«[...] los intérpretes de una voluntad están obligados a consultar a sus comitentes, sea para hacer explicar su procuración, sea para darles aviso de las circunstancias que exigirían nuevos poderes» (27).

Esta es la teoría original de la representación aplicada a la política y que da inicio, precisamente en la coyuntura en la que aparece esta obra, a la gran representación nacional que se convierte en lo que hoy consideramos la *democracia representativa.*

Finalmente, el gobierno se organiza según la separación de poderes. Esta es una concepción que tiene como base la experiencia histórica del gobierno inglés, transmitida luego al continente europeo por Montesquieu y desarrollada a partir de la revolución liberal.

La caracterización de Montesquieu fue la siguiente:

> Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil.
>
> Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferen-

---

(27) SIEYES. *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. Cap. V, pp. 90-91.

cias entre particulares. Llamaremos a éste poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado (28).

De esta versión original, la teoría constitucional ha logrado elaborar una gran cantidad de modelos y mecanismos de separación, que es la que ha llegado hasta nosotros y que hemos reseñado en la introducción general a esta parte.

Lo evidente es que la separación de poderes significa, muy claramente, que el poder del Estado debe ser ejercitado por diferentes órganos, cada uno de los cuales tiene su propio grupo de atribuciones que realizar, al tiempo que controla a los demás en la manera como ejecutan las suyas.

86. Artículo 44

> *«Artículo 44.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.*
>
> *Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.»*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

De las Constituciones que tratamos en esta parte, sólo la de 1920 estableció norma que pueda ser considerada antecedente:

---

(28) MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes.* Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1972. Libro XI, cap. VI, p. 151.

«Constitución de 1920, artículo 4.- El Estado tiene por fin mantener la independencia e integridad de la Nación; garantizar la libertad y los derechos de los habitantes; conservar el orden público y atender al progreso moral e intelectual, material y económico del país».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que constituyen antecedentes del que ahora comentamos son los siguientes:

"*Artículo 80.- Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado*".

"*Artículo 100.- El Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones*".

Ambas Constituciones coinciden en que son deberes primordiales del Estado los siguientes:

- Defender la soberanía nacional.
- Garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.
- Promover el bienestar general que se basa o fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país.

La Constitución de 1979 añadía como deber primordial del Estado eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado. El Constituyente de 1993 ha creído correcto eliminar esta finalidad primordial de entre las que la Constitución debe atribuir al Estado.

A la inversa, la Constitución de 1993 añade como deber primordial del Estado *proteger a la población de las amenazas contra su seguridad.* La norma es correcta y lo fue todavía más en tiempo del trabajo constituyente, cuando las sombras del poder del terrorismo aún no habían desaparecido en el grado en que ha ocurrido en la actualidad.

El segundo párrafo del artículo 44 de la Constitución de 1993 establece los siguientes deberes adicionales del Estado:

- Establecer y ejecutar una política de fronteras. No figuraba expresamente en la Constitución de 1979.

- Promover la integración particularmente la latinoamericana. Esta norma encuentra antecedente en el artículo 100 de la Constitución de 1979 aunque ésta, tenía dos matices importantes de diferenciación con la de 1993 en el punto: hablaba de la integración latinoamericana de manera exclusiva, y ponía la mira en la formación de una comunidad latinoamericana de naciones. Esto último no está planteado en la Constitución de 1993.

- Buscar el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas en concordancia con la política exterior. Es un tema que no fue abordado por la Constitución de 1979 y que es totalmente pertinente para el rango constitucional.

Análisis exegético

El Estado existe para servir a las personas que componen la sociedad, a través del manejo del poder máximo que se le ha encomendado como vértice de la organización política. Por ello, debe tener ciertos deberes a los que dedica la primera prioridad. La Constitución los establece en este artículo y son, en buena cuenta, las finalidades más importantes para las que debe existir de acuerdo al constituyente.

La soberanía ha sido definida por nosotros en el comentario del artículo anterior, con especial referencia a los textos del autor que la diseñó: Juan Bodino. Corresponde al Estado defender los dos aspectos que descubríamos en ella: la supremacía interior y la paridad en la sociedad internacional.

La primacía interior debe ser para el eje político del Estado, esto es, el gobierno constitucionalmente establecido. El tiene el encargo del pueblo de gobernar y debe constituir la autoridad suprema. Ni grupos económicos, sociales o políticos, ni organismos del mismo Estado, deben sobreponerse a la autoridad elegida democráticamente.

La equiparidad exterior se defiende impidiendo injerencia de voluntades extrañas en los asuntos internos. Desde luego, en el mundo actual existen cuando menos dos situaciones de relevancia jurídica, en las que esta afirmación de rechazar voluntades extrañas de los asuntos internos merece mayor explicación:

- La primera son los casos en los que el Estado negocia con otros Estados o con organismos internacionales y, en dichas conversaciones, sus gobernantes empeñan palabras que luego deberán ser cumplidas. Las relaciones internacionales se realizan en base a la confianza mutua y es deber de todo gobernante respetar las promesas, siempre que hayan sido hechas con adecuada formulación de la declaración de voluntad pública.

- La segunda son los tratados y otros acuerdos con formalidad jurídica que se elaboran en el mundo. En ellos no hay sólo palabra empeñada luego de una negociación, sino que existen documentos formalizados y en los que la adhesión del Estado ha sido expresa. En estos casos, existe una norma jurídica internacional aceptada por el Estado y que debe ser cumplida.

En estos casos, los compromisos del Estado y su cumplimiento no pueden ser considerados renuncia a la soberanía nacional sino asunción de responsabilidades que han sido libremente tomadas, precisamente, en ejercicio de la soberanía. No vemos inconveniente en obedecerlas al tiempo que se defiende la soberanía nacional.

A continuación, el texto establece como deber del Estado el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. De ellos hemos hablado extensamente en las páginas anteriores, y hemos indicado que merced al artículo 3 de la Constitución, así como a un conjunto de otras reglas, los derechos no reconocidos en el texto constitucional pero sí existentes en los instrumentos internacionales, particularmente si han sido ratificados debidamente por el Perú, tienen rango constitucional. A estos derechos es a los que la sociedad internacional se refiere como derechos humanos y son los que debe garantizar el Estado según el texto que comentamos.

Para hacerlo tiene varias tareas:

- La primera es educar en derechos humanos a los peruanos para que

sepamos respetarlos y defenderlos. Dice el artículo 14 de la misma Constitución que "La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos, son obligatorias en todo proceso educativo, civil o militar".

- La segunda es crear las condiciones institucionales para que la protección de los derechos humanos pueda ser reclamada y atendida. En este sentido es de destacar, en primer lugar, la creación de la Defensoría del Pueblo que tiene mucho que ver con esta problemática.

Pero también es importante que el aparato Ejecutivo del Estado tenga organismos que velen por el desarrollo de los derechos humanos. En este sentido, se ha establecido en el Perú el Consejo Nacional de Derechos Humanos, dentro del Sector Justicia. Su reglamento es el Decreto Supremo 05-95-JUS del 3 de abril de 1995 cuyas normas más importantes son las siguientes:

«Artículo 2.- El Consejo Nacional de Derechos Humanos es el encargado de promover, coordinar, difundir y asesorar al Poder Ejecutivo para la tutela y vigencia de los derechos fundamentales de la persona».

«Artículo 4.- Son objetivos del Consejo Nacional de Derechos Humanos:

a) Contribuir a la creación de una sólida conciencia de respeto a los derechos fundamentales de la persona, consagrados en la Constitución Política del Perú, y demás normas pertinentes;

b) Coadyuvar a la consolidación del Estado de Derecho, como garantía para la vigencia plena y efectiva de los Derechos Humanos;

c) Consolidar el deber fundamental del Estado de garantizar el irrestricto respeto a los Derechos Humanos».

Bien conducido, el Consejo puede ser un aparato útil para el desarrollo del conocimiento de los derechos humanos.

Según el tercer deber que tiene asignado, el Estado protege a la población de las amenazas contra su seguridad. Hemos ya discutido extensamente el concepto de seguridad a propósito del encabezamiento del artículo 2 inciso 24 de la Constitución. Allí nos remitimos pero es aquí importante señalar que el concepto de seguridad involucra mucho más que la seguridad física: hay una seguridad emocional, otra espiritual y otra cultural, que no pueden ser dejadas de lado cuando tratamos el tema.

Por lo tanto, el deber de proteger a las personas frente a las amenazas contra su seguridad es bastante más amplio que darles protección contra el terrorismo o la delincuencia. Incluye estos aspectos pero va mucho más allá. La Coordinadora de Derechos Humanos, luego de utilizar instrumentos de averiguación de la opinión pública, hace notar los siguientes problemas respecto de la seguridad en el Perú:

- La desigualdad es una fuente de inseguridades y de violencia:

  "La desigualdad envuelve la vida de las personas, pero lejos de encontrar que las preocupaciones se deslizaron hacia un discurso clásico de derechos sociales, ellas recalaron en una dramática descripción de la desigualdad como expresión de la ausencia de normas y de autoridad" (29).

  El Estado tiene un rol privilegiado en la supresión o atenuación de esta inseguridad desde que él es fuente importantísima y preponderante de normas jurídicas.

- La ausencia de protección policial frente a la delincuencia común y la necesidad (terrible socialmente hablando, por cierto), de hacer justicia por mano propia:

  "El tema de la autoridad se hizo más explícito cuando se trató sobre los linchamientos. El punto es conocido generalmente por experiencia directa pero además, en los días de los focus, hacían noti-

---

(29) COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *A la intemperie. Percepciones sobre derechos humanos.* Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 1996, p. 23.

cia al saberse que en los barrios marginales se producían violaciones de niños en medio de la inoperancia total de la policía. El contexto acudía frecuentemente a la conversación.

Los linchamientos fueron, casi sin discusión, admitidos como medidas legítimas de la gente. Hubieron réplicas, pero comprensivas hacia los otros argumentos. Más aún, en algunos casos esa legitimidad remitía expresamente a un derecho de las personas, a defender su vida o a la justicia. Pero hay que tomar en cuenta que los linchamienos tienen una peculiaridad, y es que se producen a partir de la identificación sin duda del delincuente. Se los coge generalmente con las manos en la masa y el riesgo de error es mínimo o está ausente" (30).

- La necesidad de orden, particularmente para los más pobres:

"Podría decirse que si alguna demanda estructuraba las conversaciones era una de orden, entendida como la vigencia de patrones de regulación social basados en la igualdad que la ley formalmente reconoce. La pobreza aparecía ahí: el mundo de la justicia y del orden era el de los otros, se necesitaba dinero o poder para acceder a él. Si no se lo tiene, de nada vale ser inocente, la vida misma pende de un hilo" (31).

- El problema de la ubicación inocente en la lucha entre la subversión y la contrasubversión:

"Los derechos humanos aparecieron como una extensión de sus aspectos más públicos y conocidos -las desapariciones, los costos sociales de la guerra, etc.- hacia una reivindicación contra el maltrato y el abuso en todas sus formas. Ese era el derecho a la vida: la

---

(30) COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *A la intemperie. Percepciones sobre derechos humanos.* Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 1996, p. 24.

(31) COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *A la intemperie. Percepciones sobre derechos humanos.* Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 1996, p. 57.

preocupación por la integridad física y moral de las personas, reclamadas casi siempre con el dramatismo de relatos que provenían de experiencias directas o cercanas. El nexo con las narraciones previas era transparente: esos son, por lógica consecuencia, los derechos humanos, o más exactamente, sus derechos humanos. Tienen que ver con temas como el terrorismo o la lucha antisubversiva, pero los desbordan. La guerra está en descenso, y sin embargo el problema, entendido así, sigue o es aún más grave" (32).

Como podemos apreciar, existen varios aspectos, tanto de corto como de largo plazo, en los que la seguridad tiene que ser mejor protegida por el Estado.

La parte final del primer párrafo establece que es deber del Estado promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

El bienestar general ha sido definido por el Centro de Altos Estudios Militares:

"El Bienestar General es una situación en la cual las necesidades espirituales y materias de la persona humana se satisfacen en forma adecuada y oportuna" (33).

Consideramos correcto establecer, como se hace aquí, que el bienestar general tiene que ver con la satisfacción adecuada de las necesidades más importantes del ser humano pero también con el crecimiento y la distribución de la riqueza a la que hace referencia el llamado a la justicia en el texto de la Carta. Son dos elementos vinculados.

Aspecto también muy importante en el texto es el llamado al desa-

---

(32) COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *A la intemperie. Percepciones sobre derechos humanos.* Lima, Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, 1996, p. 57.

(33) CENTRO DE ALTOS ESTUDIOS MILITARES. *Planteamientos doctrinarios y metodológicos de la Defensa Nacional.* Lima, Centro de Altos Estudios Militares, CAEM, ¿1990?, p. 22.

rrollo integral y equilibrado de la Nación, especialmente cuando la descentralización está tan pobremente atendida en el texto constitucional.

El desarrollo integral supone que se pongan en movimiento todos los recursos, para el mayor número de personas posible y en todo el territorio que sea posible cubrir. Contradice el desarrollo hipertrofiado del centro en perjuicio de la periferia.

El desarrollo equilibrado busca compensar las diferencias que existen en el acceso a la riqueza de sectores sociales o de espacios territoriales. Es deber del Estado, precisamente, promover el desarrollo de los sectores más atrasados para lograr el equilibrio mandado.

También ordena como deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y buscar la cohesión de las zonas fronterizas, que constituye un complejo de decisiones destinado, tanto a vigilar y defender el espacio territorial nacional, como a buscar el desarrollo y la integración de sus espacios con el país, y también para buscar la paz que permitirá el progreso tanto del país como de sus vecinos.

Sobre la constitución del mercado nacional como elemento de la integración económica peruana, dice Pezo:

> Sigue vigente hoy el planteamiento de que la historia de las naciones modernas pasa por procesos decisivos en la constitución de mercados nacionales dentro de una dinámica integradora e internacionalizadora? Parece que sí. Las razones son las siguientes:
>
> a) Porque no se puede entender Nación sin pasar de la reproducción simple a la reproducción ampliada de capital. Y ello sólo es posible construyendo mercado nacional. [...]
>
> b) Porque no se puede entender Nación moderna sin propios procesos de industrialización, diversificación y especialización productiva con alto contenido y desarrollo de innovación tecnológica. [...]
>
> c) Porque no se puede entender la construcción de la Nación sin una adecuada y justa asignación de los recursos, de las fuentes de

valor. Y esto pasa hoy por la redistribución de dichas fuentes de valor. El mejor lugar para dicha asignación de recursos es evidentemente el mercado, entendido como el origen, el plasmador y realizador de la producción.

d) Porque no se puede entender Nación moderna sin adecuados acondi-cionamientos territoriales, que junto a la ubicación de las fuentes de valor, a los procesos de industrialización y a la fluida relación con el mundo exterior e internacional permita las condiciones adecuadas y cómodas para la realización plena del ser humano. [...]

e) Porque no se puede asumir una tarea de construcción de una Nación moderna sino se tiene una cultura productiva y empresarial. Es decir, una Nación de peruanos elevados a la categoría de productores en esencia. Y ello implica contar principalmente con programas, proyectos y políticas de generación y consolidación productiva, empresarial y de empleo, que justamente se han de plasmar en los mercados internos nacionales que vaya construyendo" (34).

Y luego se pregunta si dicho mercado existe ya en el país:

¿Existe mercado nacional en el Perú? Parece que no. Como se ha señalado en la introducción, sólo existe un mercado y una ciudad: Lima Metropolitana.

Debemos, entonces, retomar el mercado como preocupación y tarea de construcción común de todas las posiciones en el Perú. La compe-titividad internacional de la que tanto se habla hoy pasa necesariamente por el entorno y la institucionalidad de mercado, sociedad y Estado. La competitividad requiere de una Nación con base material y ésta es el mercado.

---

(34) PEZO PAREDES, Alfredo. *Agenda Regional. Nación, regiones y competitividad.* Lima, Fundación Friedrich Ebert, 1994, pp. 18-19.

Uno de los elementos de esta materialidad lo constituye la infraestructura vial de transporte y comunicaciones. Su incipiente y atrasado desarrollo no nos hace competitivos como localidades, como regiones y como país. Así por ejemplo, entre el 30 o 40% de la producción agrope-cuaria se pierde y/o deteriora por dicha razón; asimismo, el arroz de Tarapoto se hace más caro frente al de Tailandia u otro país, pese a tener rendimiento y calidad iguales o mejores. Muchos casos como estos son una realidad establecida en nuestro país desde la fundación de la Primera República, que hasta hoy nos rige.

Se puede seguir analizando uno por uno los elementos de la base material de la Nación que se llama mercado, y allí se encontrará más que suficientes razones para entender una buena parte de los problemas de crecimiento, desarrollo, viabilidad y gobernabilidad del país.

Hay que construir mercado en el Perú. Se puede iniciar dotándolo de esa infraestructura y tejido doméstico esencial que nos integre nacional, regional e internacionalmente (35).

Puede verse la pertinencia de la norma que manda el promover el desarrollo equilibrado del país, lo que necesariamente supone construcción de mercado nacional, base de nuestra inserción en la economía internacional.

Y, precisamente en vinculación con ello, se ordena promover la integración y particularmente la latinoamericana. Es un ámbito en el que la Constitución de 1979 puso mayor énfasis como puede verse de los antecedentes.

En realidad, el mundo del presente, y con mayor razón del futuro, estará conformado por bloques que negocian entre ellos y estrechan sus vínculos económicos y sociales, buscando influir en un mundo de grandes conglomerados de intereses.

---

(35) PEZO PAREDES, Alfredo. *Agenda Regional. Nación, regiones y competitividad.* Lima, Fundación Friedrich Ebert, 1994, pp. 19-20.

El Perú tiene una interesante posición dentro de América del Sur por su equidistancia a los extremos. También tiene una ubicación interesante en la cuenca del Pacífico que lo vincula con Asia. Al propio tiempo, tiene gran cantidad de recursos naturales y, en especial, de biodiversidad.

Tendrá que buscar las ubicaciones que le garanticen alianzas mejores para sus intereses, dentro de un concepto de política internacional que combine la búsqueda de la seguridad con el progreso económico.

La vinculación de todos estos últimos temas con la política exterior ha sido expresamente establecida en el texto constitucional y, sobre este último concepto nos dice Juan Miguel Bákula:

> Esta claro, entonces, que el proceso de toma de decisiones de política exterior, ha experimentado cambios, no sólo en el sentido vertical —quién toma la decisión— sino en el sentido horizontal —cómo se adopta la decisión pues se ha ampliado y sigue ampliándose en la base del proceso el número de interesados, que, a la postre resulta —y así debe ser— el conjunto de la sociedad civil.
>
> Si se reducen estas consideraciones a la simplicidad de un esquema, debemos entender:
>
> - Que la acción del Estado frente al entorno exterior debe ser entendida como una diplomacia global;
>
> - Que hay que aceptar, inexcusablemente, que la institucionalización de la política exterior debe sustituir a la improvisación, la ignorancia o el entusiasmo;
>
> - Que la aplicación de criterios de modernidad supone el sentido de la organización; de la racionalidad en el esfuerzo; de la aceptación del riesgo; y de la necesidad de la competitividad;
>
> - Que por la multiplicación de las relaciones de todo orden, internas e internacionales, no sólo ha aumentado el número de los agentes internacionales, sino que se ha profundizado y diversificado el interés legítimo de las personas y de los gru-

pos en el estudio, orientación y decisión de los temas de la agenda internacional; y, que, por lo mismo, el Estado debe:

- Satisfacer las demandas de una estructura democrática;
- Tener en cuenta los legítimos intereses de los diferentes grupos concernidos;
- Promover el estudio de la realidad interna e internacional, de las posibilidades propias y de las oportunidades externas para formar una «masa critica» que permita una participación responsable;
- Orientar a los medios de comunicación sobre las direcciones de la política exterior;
- Tomar conciencia de las demandas y de su atención en el mediano y en el largo plazo;
- Y buscar el consenso que requiere una política exterior responsable (36).

87. Artículo 45

«Artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.»

---

(36) BAKULA, Juan Miguel. *La institucionalización de la Política Exterior.* VARIOS AUTORES. *Hacia una agenda nacional de política exterior.* Lima, Centro Peruano de Estudios Internacionales, CEPEI, 1995, pp. 63-64.

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El Perú, en el uso del poder político, siempre se consideró una organización política representativa fundada en la nación peruana como la titular del poder, que se transmite a representantes. Las normas de las Constituciones de 1823 y 1826 son claras al respecto:

«Constitución de 1823, artículo 3.- La soberanía reside esencialmente en la Nación, y su ejercicio en los magistrados, a quienes ella ha delegado sus poderes».

«Constitución de 1826, artículo 8.- La soberanía emana del pueblo, y su ejercicio reside en los poderes que establece esta Constitución».

La Constitución de 1828 fue más explícita en los límites y prohibiciones para arrogarse el poder del pueblo:

«Constitución de 1828, artículo 169.- Ningún individuo, ni reunión de individuos, ni corporación legal puede hacer peticiones a nombre del pueblo, y menos arrogarse el título de Pueblo Soberano. La contravención a este y al anterior artículo, es un atentado contra la seguridad pública».

Es enérgica en el texto, la declaración que sobre la materia hizo la Constitución de 1834:

«Constitución de 1834, artículo 173.- No se conocen otros medios legítimos de obtener el mando supremo de la República que los designados en esta Constitución. Si alguno usurpare el ejercicio del Poder Ejecutivo por medio de la fuerza pública ó de alguna sedición popular, por el solo hecho pierde los derechos políticos, sin poder ser rehabilitado. Todo lo que obrare será nulo y las cosas volverán al estado en que se hallaban antes de la usurpación luego que se restablezca el orden».

Las Constituciones de 1839, 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933, en nuestro criterio, no añaden nada sustantivo a lo ya señalado.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de este artículo en la Constitución de 1979 es el siguiente:

"Artículo 81.- El poder emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen en su representación y con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y la ley.

Ninguna persona, organización, fuerza armada o fuerza policial o sector del pueblo, puede arrogarse su ejercicio. Hacerlo es sedición".

El sentido general de las normas de las dos Constituciones es el mismo, aunque pueden percibirse estas tres diferencias de mediana importancia porque, si bien no alteran la hermenéutica, sí introducen matices a destacar:

- La Constitución de 1979 decía que el poder emana del pueblo. La de 1993 hace la precisión, pertinente, de que se trata del *poder del Estado*. En el contexto de la Constitución de 1979 se entendía que la referencia era al poder del Estado, pero la aclaración es positiva.

- La Constitución de 1979 decía que quienes ejercen el poder lo hacen en representación del pueblo. La Constitución de 1993 ha suprimido esa parte. Sin embargo, como el gobierno es representativo según el artículo 43, esta supresión no produce cambios significativos para la interpretación de la Constitución.

- La Constitución de 1979 decía que arrogarse el poder constituía sedición. La de 1993, nuevamente de manera correcta, dice que es rebelión o sedición, atendiendo a la diferencia que cada uno de esos tipos tiene en el Derecho Penal.

Análisis exegético

El Perú es una república democrática según el artículo 43 de la Constitución y, en tanto tal, corresponde al pueblo un rol importante en las decisiones políticas.

Esto se halla reconocido expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos que establece:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21.-
[...]

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».

Estas ideas nos llegan desde la antigüedad clásica. Modernamente, fueron desarrolladas por Rousseau quien dijo a propósito del contrato social, acto de asociación lo llama aquí, y la posterior significación del establecimiento del pueblo:

> Este acto de asociación convierte al instante la persona particular de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. La persona pública que se constituye así, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de Ciudad y hoy de República o Cuerpo político, el cual es denominado Estado cuando es activo, Potencia en comparación con sus semejantes. Cuanto a los asociados, éstos toman colectivamente el nombre de Pueblo y particularmente el de ciudadanos como partícipes de la autoridad soberana, y súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado. Pero estos términos se confunden a menudo, siendo tomados el uno por el otro; basta saber distinguirlos cuando son empleados con toda precisión (37).

---

(37) ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social.* Madrid, Taurus Ediciones S.A, 1966. Libro I, Cap. VI, pp. 20-21.

Es claro que el conjunto de ciudadanos forman el pueblo el que es soberano y súbdito: soberano porque ejerce la autoridad máxima y súbdito por estar sometido a las leyes del Estado. Cuando se reúne a decidir, se torna soberano y toma decisiones por ejercicio de la voluntad general que el pueblo no puede entregar en representación a nadie:

«Afirmo, pues, que no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, jamás debería enajenarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo: el poder se trasmite, pero no la voluntad» (38).

La Declaración francesa estableció que el principio de toda soberanía residía en la Nación:

"Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 3.- El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún individuo ni corporación puede ejercitar autoridad que no emane expresamente de ella".

La concepción absoluta de Rousseau fue suavizada por los procesos revolucionarios liberales y se llegó a la concepción de la representación a que alude Sieyés y que hemos referido a propósito del comentario al artículo 43.

Es así que el artículo 45 establece que "El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen»"

Los representantes no son los titulares del poder y esto se aplica al Presidente de la República, a los congresistas y a los otros altos cargos de elección. Lo ejercen en representación del colectivo que los elige: el pueblo en el caso de las autoridades nacionales y el conjunto de electores en los otros casos.

---

(38) ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El Contrato Social.* Madrid, Taurus Ediciones S.A, 1966. Libro II, Cap. I. p. 29.

De otro lado, como ya hemos visto antes, el pueblo no sólo actúa a través de representantes sino directamente: ejerce el referéndum, la remoción, la revocación, la iniciativa de reforma constitucional y legislativa y la demanda de rendición de cuentas, todos ellos derechos establecidos en los artículos 2 inciso 17 31 y 206 de la Constitución. De manera que, desde ese punto de vista, el artículo está deficientemente construido: no basta con que diga que el poder emana del pueblo y se ejerce por representantes. Habría que normar que el poder reside en el pueblo y éste lo ejerce directamente o por medio de representantes según lo establecido en la Constitución y las leyes. Esta manera de expresarlo va más de acuerdo con la normatividad existente.

Se exige que quienes ejerzan el poder lo hagan con las limitaciones y responsabilidades normadas. Esta disposición es muy importante porque contribuye a configurar el Estado de Derecho en el sentido de que el poder que se ejercita dentro de la democracia no es ilimitado, ni queda a criterio exclusivo del gobernante. Por el contrario, existirán normas que lo regulen y limiten y deberá obedecerlas para no caer en la ilegitimidad.

No siempre se pensó así. Muchos grandes teóricos que aún hoy leemos y que, es cierto, fueron los grandes sustentadores teóricos de la monarquía absoluta, sostuvieron que el gobernante estaba más allá de todo poder en la tierra. Bodino dijo:

> Si decimos que tiene poder absoluto quien no está sujeto a las leyes, no se hallará en el mundo príncipe soberano, puesto que todos los príncipes de la tierra están sujetos a las leyes de Dios y de la naturaleza y a ciertas leyes humanas comunes a todos los pueblos. Y al contrario, puede suceder que uno de los súbditos esté dispensado y exento de todas las leyes, ordenanzas y costumbres de su república, y no por ello será príncipe ni soberano [...] El súbdito que está exento de la autoridad de las leyes siempre queda bajo la obediencia y sujeción de quienes ostentan la soberanía. Es necesario que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles; esto no puede ser hecho por quien está sujeto a las leyes o a otra persona. Por esto se dice que el príncipe está

exento de la autoridad de las leyes. El propio término latino ley implica el mandato de quien tiene la soberanía (39).

Es claro del texto del autor que considera que el gobernante sólo está sujeto a las leyes de Dios, a las de la naturaleza (que en su visión del mundo son también dadas por Dios pero conocidas de manera particular) y al llamado entonces Derecho de Gentes, con el significado romano del término: las reglas reconocidas para el trato entre pueblos. Por consiguiente, no hay norma sobre la tierra a la que se someta el gobernante soberano. La idea de una Constitución que establezca *poderes constituidos* no cabe en este tipo de conceptualización.

También Bossuet señaló:

> El príncipe no tiene que dar cuentas a nadie de lo que ordena.- «Guarda el mandato del rey como el juramento hecho a Dios. No te apresures a alejarte de su presencia ni persistas en cosas que le desagraden, porque puede hacer cuanto quiere, pues la palabra del rey es eficaz, y ¿quién podrá decirle: Qué es lo que haces? El que guarda los mandamientos no tendrá mal (Ecl VIII,2-4,6).
>
> Sin la autoridad absoluta no puede ni obrar el bien ni reprimir el mal. Su poder debe ser tal, que nadie pueda pensar en eludirlo. Finalmente, la única defensa de los ciudadanos contra los poderes públicos debe ser su inocencia (40).

Tampoco en Bossuet el gobernante tiene ataduras en la tierra. Rinde cuenta sólo a Dios, de quien tiene su poder.

Fue pues la teoría democrática, comenzando por la monarquía constitucional inglesa, la que consolidó el principio de que el gobernante sí debe obedecer las leyes y, sobre todo, que siempre estará por debajo de la norma de rango supremo que no puede ser cuestionada por él. Es lo

---

(39) BODINO. *Los seis libros de la República.* Madrid, Editorial Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. I, 8, pp. 51-52.

(40) BOSSUET, J.B. *Política sacada de las Sagradas Escrituras.* Madrid, Editorial Tecnos, 1974. Libro IV, art. 1, p. 72.

que dio paso, en buena cuenta, a la posibilidad de que existieran Constituciones en los Estados.

El segundo párrafo establece que nadie puede arrogarse el ejercicio del poder del pueblo y que hacerlo es rebelión o *sedición*, ambos delitos tipificados en el Código Penal.

La rebelión tiene el siguiente texto:

"Código Penal, artículo 346.- El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y expatriación».

Es un delito doloso que consiste en utilizar la fuerza de las armas para alterar el régimen constitucional establecido. El agravio está encaminado contra la Constitución o los poderes centrales del Estado para eliminarlos o sustituirlos.

Sólo se produce cuando se trata de deponer al gobierno legalmente constituido o se busca modificar el régimen constitucional. En caso que el levantamiento fuera contra un gobierno tiránico, estaríamos en el supuesto de la insurgencia que prevé el artículo 46.

Como es obvio, la suerte final de la aplicación de estas normas penales depende de vencedores y perdedores en la justa política. En rigor, este delito fue cometido por los autores del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, pero ellos fueron legitimados primero por el voto popular y, luego, por una ley constitucional promulgada el 6 de Enero de 1993 que estableció en su artículo 3 que "El Presidente de la República elegido en 1990 en actual ejercicio es el Jefe Constitucional del Estado y personifica a la Nación".

Dice respecto de este punto Enrique Bernales:

> El diseño de la Constitución es, sin lugar a dudas, adecuado. Pero juzgamos oportuno comentar un hecho que sin duda quedará impregnado en la memoria de los peruanos por muchos años, y que

se produjo cuando el artículo bajo comentario gozaba de plena vigencia con la Constitución de 1979. Nos referimos a las imágenes que registraron el ingreso del Ejército en el recinto del Congreso y la detención domiciliaria de los presidentes del Senado, Doctor Felipe Osterling Parodi y de la Cámara de Diputados, Doctor Roberto Ramírez del Villar, cuando el golpe del 5 de abril. En esa fecha, como se recuerda, el Presidente Fujimori ordenó —entre otras medidas inconstitucionales— el cierre del Parlamento, el ocupamiento de éste por las Fuerzas Armadas, la revisión por parte de los servicios secretos del Estado de toda la documentación encontrada en las allanadas oficinas parlamentarias, y el cese arbitrario de muchos funcionarios legislativos (41).

Y añade Chirinos Soto:

> El 5 de abril de 1992, el Presidente de la República disolvió el Congreso, a saber disolvió la Cámara de Diputados fuera de la previsión constitucional; y disolvió también el Senado que, en ningún caso, podía disolver. Pero el Congreso Constituyente elegido en noviembre de 1992 devolvió al Presidente de la República su calidad de mandatario constitucional, con lo cual le extendió un bill de indemnidad respecto del referido golpe de Estado de abril de 1992 (42).

Es nuestra opinión que, por ética ciudadana, el aprobar esta Constitución, con estos contenidos, debería haber tenido un gesto de reconocimiento de la democracia y de renuncia a las medidas de fuerza como la del 5 de abril de 1992. Cuando se aprueba un texto antigolpista y, al propio tiempo, se apoya un golpe de Estado reciente, en realidad lo que se está haciendo es quitar apoyo y seriedad a la propia Constitución, no desde el punto de vista formal pero sí como instrumento jurídico y supremo del Estado. La ética ciudadana puede ser visitada por el Derecho pero es,

---

(41) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 403.

(42) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y comentario, Constitución de 1993*. Lima, Perú, Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p. 235.

en realidad, parte de la cultura. Y son los gobernantes los que deben fortalecerla, principalmente con su ejemplo.

El delito de sedición está en el artículo siguiente:

«Código Penal, artículo 347.- El que, sin desconocer al gobierno legalmente constituido, se alza en armas para impedir que la autoridad ejerza libremente sus funciones o para evitar el cumplimiento de las leyes o resoluciones o impedir las elecciones generales, parlamentarias, regionales o locales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años».

En este caso el agravio no está dirigido directamente contra los poderes del Estado o contra la Constitución sino contra el ejercicio de la autoridad. Es una desobediencia activa. También ocurre cuando se pretende sabotear las elecciones que, en realidad, no son sino el procedimiento democrático para determinar quién ejercerá el poder legítimamente.

88. Artículo 46

> ***«Artículo 46.- Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes.***
> ***La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional.***
>
> **Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas.»**

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1834 estableció una norma enérgica contra la usurpación del poder, que prefigura ya las disposiciones de las Constituciones posteriores:

«Constitución de 1834, artículo 173.- No se conocen otros medios

legítimos de obtener el mando supremo de la República que los designados en esta Constitución. Si alguno usurpare el ejercicio del Poder Ejecutivo por medio de la fuerza pública ó de alguna sedición popular, por el solo hecho pierde los derechos políticos, sin poder ser rehabilitado. Todo lo que obrare será nulo y las cosas volverán al estado en que se hallaban antes de la usurpación luego que se restablezca el orden».

También añadió una disposición no repetida en textos posteriores y que, aunque alude a un fenómeno de relativa frecuencia en la vida política universal, llama la atención dentro de un texto constitucional:

«Constitución de 1834, artículo 174.- Es nula de derecho toda resolución del Congreso, ó de alguna de sus Cámaras, ó del Poder Ejecutivo, con acuerdo ó sin él del Consejo de Estado; en que interviniere coacción ocasionada por la fuerza pública ó por el pueblo en tumulto».

La Constitución de 1839 estableció la nulidad de los actos provenientes de usurpación del poder, aunque en el fondo fueran concordes con el Derecho:

«Constitución de 1839, artículo 153.- Son nulos todos los actos del que usurpe el Poder Supremo, aunque sean conformes a la Constitución y a las leyes».

Los artículos 10, tanto de la Constitución de 1860 como de la de 1867, así como el 13 de la Constitución de 1920 y el 19 de la Constitución de 1933, repitieron al artículo 10 de la Constitución de 1856 en la parte que estableció:

"Constitución de 1856, artículo 10.- [...] Son nulos [...] los actos de los que usurpen funciones públicas, y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes".

La Constitución de 1867, por su parte, contiene la siguiente disposición:

«Constitución de 1867, artículo 9.- La Nación no es responsable de las obligaciones que contraigan ó de los pactos que celebren los Gobiernos de hecho, aún cuando imperen en la Capital de la República, a no ser

que esas obligaciones y esos pactos fuesen aprobados por un Congreso Nacional».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 trae como antecedente del artículo que comentamos la siguiente disposición:

"*Artículo 82.- Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones o empleos públicos en violación de los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen.*

Son nulos los actos de toda autoridad usurpada. El pueblo tiene derecho de insurgir en defensa del orden constitucional".

Las normas son prácticamente idénticas en las dos Constituciones. La diferencia más saltante consiste en que mientras la Constitución de 1979 decía que *son nulos los actos de toda autoridad usurpada*, la de 1993 dice *son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas*. Probablemente la frase utilizada por la Constitución de 1993 es mejor porque refleja el hecho de que hay personas que usurpan las funciones.

Análisis exegético

La tiranía tiene que ver con dos aspectos que generalmente confluyen: el primero, es la asunción del poder político por procedimientos vedados; el segundo, es el ejercicio arbitrario de la decisión. De los tiranos habla la primera parte del artículo 46 cuando se refiere a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes.

En la organización del Estado peruano la Constitución, desarrollada luego por diversas leyes, establece la forma en que se accede al poder: se trata de un sistema de democracia representativa en el que los representantes deben ser elegidos mediante procedimientos predeterminados. Cuando se violenta estos procedimientos, es decir, cuando se hace presente la tiranía, entonces las personas quedan relevadas del deber de obediencia al gobierno usurpador.

Nótese que no se sanciona la obediencia a dicho gobierno, lo que

por lo demás tendría graves y dañinas consecuencias, en la medida que la tiranía suele venir acompañada de la coacción a obedecer. Pero sí se permite que las personas desobedezcan. Muchas veces, cuando dicha desobediencia se hace generalizada, el poder se paraliza y eso lo mella de raíz pues, precisamente, el valor de todo poder está en que pueda ordenar conductas. Puede verse de aquí que la autorización a la desobediencia es, también, un arma para la destrucción del tirano porque lo paraliza en lo que le es característico por definición.

La desobediencia al tirano tiene larga tradición en la teoría política, inclusive previa a las primeras constituciones modernas. Dice Bodino:

> Afirmo, pues, que el súbdito jamás está autorizado a atentar contra su príncipe soberano, por perverso y cruel tirano que sea. Es lícito no obedecerle en nada contrario a la ley de Dios o de la naturaleza, y, en tal caso, huir, esconderse, evitar los castigos, sufrir la muerte, antes que atentar contra su vida o su honor. ¿Cuántos tiranos habría si fuese lícito matarlos? Para el vulgo sería tirano quien impusiera excesivos subsidios, quien mandase contra el gusto del pueblo [...] quien tuviese una escolta para su propia seguridad, o quien hiciese matar a los conjurados contra su estado. ¿Cómo podrían estar seguros de sus vidas los buenos príncipes? [...]» (43).

Las reglas propuestas son terminantes: si se trata de ir contra la ley de Dios o de la naturaleza, desobediencia y huida para no recibir castigos. Es claro que no autoriza a una insurgencia activa.

Pero no solamente está el derecho a no obedecer, a la resistencia, sino que el segundo párrafo contiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional. Quiere esto decir que el pueblo no sólo puede hacer resistencia pasiva ante la tiranía, sino que además puede insurgir, es decir, luchar por deponer a quien ejerce la tiranía y así, restablecer el orden constitucional, que es el objetivo del derecho de insurgencia que se ha dado.

---

(43) BODINO. *Los seis libros de la República.* Madrid, Editorial Aguilar S.A. Ediciones, 1973. II, 5, p. 92.

También el derecho de insurgencia tiene antigua data en el Derecho moderno. Dice Naef (utilizando resistencia por insurgencia):

> La doctrina de la resistencia hunde sus raíces en el mundo de ideas del Estado dualista, en la constelación jurídica del orden estamental. En su base se encuentra la idea de un contrato de soberanía concluido entre el pueblo, actuante y capaz de actuación a través de sus estamentos, y el príncipe. En virtud de este contrato, ambas partes quedan vinculadas: el pueblo se obliga a la obediencia y a determinadas prestaciones, y el príncipe se obliga a respetar las barreras establecidas por el Derecho, así como a reconocer la intervención en el gobierno del Estado de determinados cuerpos llamados a ello por derecho propio. También el pueblo, por tanto, demanda como parte contratante una posición jurídicamente asegurada en el Estado. Si el príncipe viola las obligaciones derivadas del contrato, nace para el pueblo el derecho a la no obediencia, a la resistencia. De cien maneras se refleja esta concepción en las instituciones jurídico-positivas de la época, lo mismo en la Joyeuse Entrée, es decir, el contrato de 1354 entre los estamentos brabantinos y su duque, que en el juramento condicionado de los estamentos de Aragón desde 1216, o en el derecho de los estamentos daneses -adquirido en 1466- a negar el reconocimiento al sucesor de la corona si no garantizaba las libertades del país. Más tarde, en el siglo XVI, asistimos a la constitución de la teoría del derecho de resistencia en sentido propio. La Institutio de Calvino significa un primer paso en esta dirección, mientras que la parte decisiva corre a cargo de los monarcómanos hugonotes. [...]
>
> Ahora bien: ¿qué entendían los teóricos del derecho de resistencia por el término «pueblo»? nada en absoluto de lo que nosotros entendemos hoy con esta palabra; no el pueblo en el sentido democrático-individualista. El derecho de resistencia, el derecho de soberanía no es ejercido por el individuo aislado [...]. Derecho de resistencia sólo lo poseen los estamentos y las llamadas «autoridades inferiores», es decir, corporaciones municipales, autoridades políticas intermedias, instancias cuyos titulares se hallaban especialmente cualificados por el nacimiento, por la posición social o por privilegio.

En el Estado monista y absoluto, la doctrina del derecho de resistencia pierde significación en su forma originaria; se le priva de su fundamento, de su confirmación por el derecho positivo vigente, y el poder monárquico absoluto se impone definitivamente (44)

Naef nos propone las siguientes ideas:

- La resistencia se origina en la Edad Media, en el Estado dualista y se fortalece con los pactos de soberanía.
- Se fortalece con los monarcómanos hugonotes.
- Autoriza no al pueblo llano, sino a los estratos que lo dirigen, a levantarse contra el príncipe cuando incumple los pactos de soberanía a los que ha dado la palabra.
- La institución de la resistencia así considerada pierde significación en el absolutismo.

Por su parte, Locke dice lo siguiente:

En segundo lugar, con respecto a la limitación de que «un inferior no puede castigar a un superior», es cierta, hablando en términos generales, mientras el superior sigue siéndolo. Pero como el resistir a la fuerza con la fuerza supone un estado de guerra que iguala a los dos adversarios, anula por eso mismo toda relación anterior de reverencia, respeto y superioridad; y entonces la situación respectiva es ésta: que quien resiste a un agresor injusto tiene sobre éste una ventaja, a saber, que si triunfa, tiene derecho a castigar al culpable, por haber roto la paz y por todos los males que han seguido a esa ruptura(45).

---

(44) NAEF, W. *La idea del Estado en la edad moderna.* Madrid, Aguilar S.A de Ediciones, 1973. Cap. I, pp. 21-22.

(45) LOCKE, John. *Two Treatises of government.* Great Britain, Cambridge University Press, 1992. Cap. XIX; p. 422; par. 235. (La traducción al español está tomada de LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil.* Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 1983. Traducción del inglés de Armando Lázaro Ros).

En la conceptualización de Locke, el estado de naturaleza es la guerra de unos con otros y al pasar al estado de sociedad se coloca la autoridad en manos de un gobernante que da orden y permite el progreso. Pero cuando el gobernante se pone en estado de guerra con el pueblo, tiranizándolo, entonces regresa al estado de naturaleza y permite que los demás se defiendan. Aquí está plasmada la *insurgencia* por ella misma como derecho: defenderse del tirano.

¿Quién determinará quién es tirano? Locke contesta que el pueblo:

> Es probable que al llegar aquí se me plantee la cuestión habitual. ¿Quién será juez para sentenciar si el monarca o el poder legislativo obran en contra de la misión que se les ha confiado? Es posible que personas desafectas o facciosas hagan correr esa idea entre el pueblo precisamente cuando el príncipe sólo hace uso de su legítima prerrogativa. A lo cual contesto que es el pueblo quien ha de juzgar. ¿Quién puede juzgar, en efecto, si el mandatario o el apoderado actúa bien y de acuerdo con la misión que se le ha confiado sino la persona que le da el mandato o el poder, y que por eso mismo tiene la facultad de retirárselos cuando no la cumple? Si esto parece razonable tratándose de asuntos privados, ¿por qué no habría de serlo también en asunto de tanta trascendencia en que se juega el interés de millones de personas, y en que el mal, si no se previene a tiempo, es mucho mayor, y muchísimo más difícil, costoso y peligroso el remedio?
>
> Además, esta pregunta de ¿Quién ha de ser el juez? No puede significar que no existe ningún juez. Cuando en este mundo no hay juez que sentencie las disputas entre los hombres, hay siempre un juez en el cielo, que es Dios. Es cierto que El es únicamente Juez de Derecho; pero en este caso, como en todos los demás, cada cual debe juzgar por sí mismo cuando alguien se ha colocado en estado de guerra con él. Y debe apelar al Juez Supremo, como lo hizo Jefté (46).

---

(46) LOCKE, John. *Two Treatises of government.* Great Britain, Cambridge University Press, 1992. Cap. XIX, pp. 426-427; par. 240-241. (La traduc-

Se puede ver que, para Locke, quien juzga es el propio pueblo y, todo este desarrollo, muestra que el derecho de insurgencia es clásico en la teoría política moderna y que es atribuido al pueblo mismo. Desde luego, ocurre en muy contadas ocasiones en la historia.

Hay que resaltar que no todos los teóricos modernos del Estado han compartido la idea de la insurgencia. Bossuet, por ejemplo, dijo:

«Los súbditos no deben oponer a la violencia de los príncipes más que respetuosas amonestaciones, sin motines ni murmuraciones, y han de limitarse a rezar para su conversión. [...]

Las amonestaciones llenas de acritud y de protestas son la antesala de la sedición, que nunca está permitida" (47)

Finalmente, el artículo quita todo valor a los actos de quienes usurpan funciones públicas. Sin embargo, existen varias excepciones, la primera de las cuales es la obediencia que se presta a los decretos leyes de los gobiernos de fuerza. Son las contradicciones entre la Constitución formal y la real. En verdad, la gran paradoja de la vigencia de los decretos leyes la produjo el Congreso Constituyente de 1993 que, en su primera ley constitucional del 06 de Enero de 1993, dijo que mantenía su vigencia la Constitución de 1979, pero respetando la vigencia de los decretos leyes dictados por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, o gobierno de facto, entre abril y diciembre de 1992.

89. Artículo 47

«Artículo 47.- La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley. El Estado está exonerado del pago de gastos judiciales.»

---

ción al español está tomada de LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil.* Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 1983. Traducción del inglés de Armando Lázaro Ros).

(47) BOSSUET, J. B. *Política sacada de las Sagradas Escrituras.* Madrid, Editorial Tecnos, 1974. Libro VI, art. 2, pp. 140-141.

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La norma que mejor puede pasar como antecedente de ésta que comentamos, aún cuando en realidad sólo de manera muy referencial y metafórica, es la siguiente:

"Constitución de 1867, artículo 97.- Habrá un Fiscal General administrativo, como consultor del Gobierno, y defensor de los intereses fiscales.

El Fiscal General administrativo será nombrado por el Gobierno".

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente en la Constitución de 1979 para la que ahora comentamos es la siguiente:

"*Artículo 147.- La defensa de los intereses del Estado está a cargo de Procuradores Públicos permanentes o eventuales que dependen del Poder Ejecutivo. Son libremente nombrados y removidos por éste*".

La norma sobre procuradores judiciales del Estado es la misma. La Constitución de 1979 hacía la especificación de que podían ser permanentes o eventuales pero esto no queda impedido porque se haya borrado del texto en la Carta de 1993.

Tampoco la no mención a que los procuradores son libremente nombrados y removidos en la Constitución de 1993, impide que en efecto lo sean porque ello podrá ser válidamente establecido en la ley de la materia.

La Constitución de 1993 añade, sí, la norma de que el Estado *está exonerado del pago de gastos judiciales*. No aparecía en el texto de la Constitución de 1979.

Análisis exegético

El Estado necesita de abogados que defiendan sus posiciones en los juicios que se promueven contra él por las más variadas razones: daños,

incumplimientos, parte civil en los juicios penales, etc. Estos abogados del Estado son llamados procuradores públicos.

Hay procuradores que son funcionarios del Estado: trabajan en el sector público a tiempo completo y tienen un sueldo mensual fijo como cualquier otro trabajador profesional. Pero al mismo tiempo existen los *procuradores ad hoc* que son abogados cuyos servicios profesionales contrata el Estado, pero para un caso determinado de importancia o de gran volumen. Inclusive, de acuerdo a la Constitución recibirían el nombre de procuradores los abogados del extranjero que defienden al gobierno peruano ante sus tribunales.

La norma más que constitucional es de rango legislativo, pero tanto la Constitución de 1979 como la actual la han mantenido en sus textos.

La parte final del artículo exonera al Estado del pago de gastos judiciales. Entiende la norma que se pagaría a sí mismo y que es mejor evitarlo. El razonamiento es correcto mientras el Poder Judicial sea un aparato burocrático en el que no se hacen análisis de costos. Cuando se establezcan mecanismos más modernos de gestión pública, es probable que cada repartición del Estado deba pagar a las otras todo lo que se estima que debe, con la finalidad de no descapitalizarlas. En ese contexto una norma de exoneración de gastos judiciales al Estado mismo no tendría mucho sentido, y menos en la Constitución.

90. Artículo 48

> ***«Artículo 48.- Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley.»***

Antecedentes en la Constitución de 1979

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

"Artículo 35.- El Estado promueve el estudio y conocimiento de las lenguas aborígenes. Garantiza el derecho de las comunidades quechua,

aymara y demás comunidades nativas a recibir educación primaria también en su propio idioma o lengua".

"*Artículo 83.- El castellano es el idioma oficial de la República. También son de uso oficial el quechua y el aymara en las zonas y la forma que la ley establece. Las demás lenguas aborígenes integran así mismo el patrimonio cultural de la Nación*".

Ambas Constituciones establecen el castellano como idioma oficial de la República de validez general. También las dos Constituciones dan validez de lengua oficial al quechua y al aymara, pero de manera distinta: la Constitución de 1979 se los reconocía en las zonas y forma que la ley establece en tanto que la de 1993 se los reconoce *en las zonas donde predominen* [...] *según ley*. En realidad, si pudiera parecer que el tratamiento del tema por la Constitución de 1993 es más restringido territorialmente, hay que recordar que según su artículo 2 inciso 19 todo peruano tiene el derecho a utilizar su propio idioma ante las autoridades.

De otro lado, la Constitución de 1993 permite que las lenguas minoritarias que no sean quechua y aymara también puedan ser lenguas oficiales en sus territorios de uso, en tanto que la Constitución de 1979 no preveía tal posibilidad pues decía que *las demás lenguas aborígenes integran así mismo el patrimonio cultural de la Nación.*

Y sobre lenguas es preciso señalar que la Constitución de 1979 traía en la primera parte de su artículo 35 normas protectivas de las minoritarias, que no han sido incorporadas en la Constitución de 1993. En nuestro criterio debieran haber sido incluidas para lograr mayor equidad en el trato de las distintas culturas que coexisten en el Perú.

Análisis exegético

Idioma oficial es aquel en el que cada persona puede comunicarse dentro de un determinado país o territorio. Es, también, el idioma que utilizan las autoridades para el cumplimiento de sus funciones y la atención a las personas. Quien no conoce dicho idioma tendrá derecho a un traductor para expresarse y entender en actividades oficiales, como por ejemplo gestiones ante autoridades o juicios penales (ver nuestro comentario al inciso 19 del artículo 2 de la Constitución).

En el Perú el idioma oficial en todo el territorio nacional es el castellano. Sin embargo, existen zonas en las cuales predominan otras lenguas, minoritarias pero no por eso menos importantes. La parte final del artículo, abre la posibilidad de que la ley establezca como lenguas oficiales en las zonas donde predominen al quechua, al aymara y las demás lenguas aborígenes. Es una disposición de justicia y que concuerda con aquella del inciso 19 del artículo 2 que da derecho a la identidad cultural.

En nuestra legislación existe normatividad referida a traductores públicos juramentados. Son el Decreto Ley 18092, modificado por el Decreto legislativo 712 del 7 de noviembre de 1991 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 021-92-RE del18 de setiembre de 1992.

Las normas principales son las siguientes:

- El traductor público juramentado cumple la función de efectuar traducciones oficiales escritas de documentos de un idioma extranjero al idioma castellano y del idioma castellano a un idioma extranjero.
- Las traducciones que realicen los traductores públicos juramentados en ejercicio de sus funciones merecen fe pública y tienen plena validez legal pero ello no significa el reconocimiento de la autenticidad del documento traducido.
- El número de traductores públicos juramentados es ilimitado y los honorarios se rigen por el libre juego de la oferta y la demanda.

91. Artículo 49

> *«Artículo 49.- La capital de la República del Perú es la ciudad de Lima. Su capital histórica es la ciudad del Cusco.*
>
> *Son símbolos de la patria la bandera de tres franjas verticales con los colores rojo, blanco y rojo, y el escudo y el himno nacional establecidos por ley.»*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Dos normas de las Constituciones de las que nos ocupamos en este acápite pueden ser consideradas antecedentes de este artículo:

«Constitución de 1837, artículo 37.- La bandera de la confederación será de color punzó por ser común a las tres Repúblicas . En su centro se verán las armas de la confederación, que son las de las tres Repúblicas entrelazadas por un laurel; el diseño lo dará el Protector».

«Constitución de 1933, artículo 184.- La ciudad de Lima es la Capital de la República».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los textos de la Constitución de 1979 que constituyen antecedentes del que aquí tratamos son los siguientes:

"*Artículo 84.- La Capital de la República del Perú es la ciudad de Lima*".

"*Artículo 85.- La bandera de franjas verticales con los colores rojo, blanco y rojo, el escudo y el himno nacional establecidos por ley, son símbolos de la Patria*".

Ambas Constituciones son equivalentes normativamente en estos aspectos, más allá de pequeñas diferencias de redacción. La de 1993 añade la declaración del Cusco como capital histórica del Perú. Reconocimiento largamente merecido.

Análisis exegético

La ciudad capital es el asiento territorial de los órganos centrales del Estado: Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Desde el punto de vista sociológico y económico suele tener también un desarrollo significativo y, muchas veces como en el caso del Perú, se convierte en la metrópoli que centraliza no sólo el poder del Estado, sino también el económico. Esto genera un fenómeno no formal pero sí real llamado *centralismo* que atenta contra el desarrollo equilibrado de todo el territorio nacional. El centralismo es un problema al que hay que combatir.

El Cusco es una ciudad de inmenso valor histórico para el Perú y la humanidad. Su reconocimiento como capital histórica es correcto.

En relación a nuestra bandera de tres franjas verticales con los colores rojo, blanco y rojo referidos en el segundo párrafo del artículo 49, dice Chirinos Soto citando a Jorge Basadre:

> Sobre la bandera, no hay discusión. «El rojo, blanco y rojo verticales —ha escrito Basadre—, nítidos como una cifra, pintorescos como un cuadro, emocionantes como un poema, hondos como una oración, y más subyugantes aún bajo el frío de extranjeros cielos son, en suma sobre lomas y valles, picachos y pampas, bosques y punas, barrancos y quebradas, palacios y chozas, batallones y navíos, muchedumbres y paisajes, cadáveres y niños, la esencia o la emanación del Perú» (48).

En el Perú tenemos la Ley 11323 de Símbolos del Estado, promulgada el 31 de Marzo de 1950. Sus normas se refieren al escudo, al gran sello del Estado y a la bandera en sus diversas formas. Transcribimos las más importantes:

«Ley 11323, artículo 1.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 1 de la Ley de 25 de febrero de 1825, el Escudo Nacional que constituye el Gran Sello del Estado, se usará siempre completo, es decir, con su timbre y acompañado, en cada lado, por una bandera y un estandarte de los colores nacionales; aboliéndose el uso del escudo con las ramas de palma y laurel, con la excepción que se menciona en el artículo siguiente».

«Ley 11323, artículo 2.- De conformidad con lo prescrito en el art. 3 de la Ley de 25 de febrero de 1825, el Pabellón Nacional llevará el escudo con su timbre y dos ramas, una de palma a la derecha, y otra de laurel a la izquierda, entrelazadas en la parte inferior, y abrazando al escudo».

---

(48) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y comentario, Constitución de 1993.* Lima, Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p. 90.

«Ley 11323, artículo 3.- El timbre del Escudo Nacional es una corona cívica de encima, vista de plano, tal como se ostenta en el anverso de las monedas metálicas de Un Sol y Cincuenta Centavos en actual circulación, así como en los timbres fiscales y papel sellado».

«Artículo 4.- El Gran Sello del Estado, estará constituido por el Escudo Nacional con la inscripción circular: República del Perú; y su uso será obligatorio en todas las reparticiones del Estado» (según la modificación establecida por la ley 24615 del 19 de diciembre de 1986).

También se dictan otras normas sobre tamaños y proporciones de los símbolos de la Nación.

«Ley 11323, artículo 8.- Se adoptarán las siguientes denominaciones como léxico oficial, para las enseñas de la Nación:

Escudo Nacional.- Escudo de armas con las especificaciones anotadas en el art. 1 de la Ley de 25 de febrero de 1825.

Gran Sello del Estado- Escudo de Armas, con la inscripción circular: República Peruana, cuyo uso sólo está facultado a las reparticiones estatales.

Bandera Nacional para izar.- De forma rectangular, con los colores nacionales, sin escudo de armas, de uso obligatorio en los edificios, casas, fábricas, campamentos, barcos, etc., de propiedad particular, en los días de fiestas patrias o cuando se ordene por ley o decreto especial.

Pabellón Nacional para izar.- De forma rectangular, con los colores nacionales, en cuyo centro llevará el Escudo Nacional, tal como se dispone en el Art. 2 del presente Decreto-Ley, de uso obligatorio en los edificios, campamentos, barcos, etc., del Estado, en los días feriados, o cuando se ordene por ley o decreto especial.

Estandarte.- Portátil, de forma rectangular, con los colores nacionales en cuyo centro llevará el Escudo Nacional completo, o tal como se prescribe en el art. 2 de este Decreto-Ley, de uso obligatorio en las unidades de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil y Policía, movilizables y colegios, conforme a las prescripciones vigentes.

Escarapela Nacional.- Divisa de cintas con los colores rojo y blanco, interpolados, en forma de disco, roseta o lazo, distintivo de nuestra nacionalidad, cuyo uso será materia de disposiciones concretas para cada caso».

Sobre el Himno Nacional dice Domingo García Belaunde:

> El himno nacional se crea en 1821 y son los autores de su letra y música, José Bernardo Alcedo y José de la Torre Ugarte, respectivamente. Esta versión original sufrió varias modificaciones.
>
> La música fue arreglada en 1901, por Claudio Rebagliati, sobre la base de instrucciones del propio Alcedo.
>
> En este mismo año se convoca también a un concurso con el fin de elaborar un nuevo himno nacional. El poeta José Santos Chocano fue ungido ganador por un Jurado presidido por el célebre Ricardo Palma, introduciéndose como consecuencia cambios en algunas de sus estrofas.
>
> Esta nueva versión del himno fue cantada durante varios años, hasta que, durante la década de los años '10, surge un movimiento que busca restaurar el viejo himno nacional. Así se hizo por la ley 1801, de 1913, y es el que existe hasta ahora, aun cuando hay discusiones en cuanto a la autenticidad de la primera estrofa, que se considera apócrifa (49).

Finalmente, tenemos la Ley 25246 del 14 de junio de 1990, cuyo artículo 1 manda:

«Ley 25246, artículo 1.- La Bandera Peruana, el Escudo y el Himno Nacional, como símbolos patrios, preceden las ceremonias y actos oficiales».

---

(49) GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Esquema de la Constitución peruana.* Lima, Ediciones Justo Valenzuela E.I.R.L., 1992, p. 9.

92. Artículo 50

«Artículo 50.- Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración.

El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La República comenzó profesando institucionalmente la religión católica, comprometiéndole apoyo y excluyendo el ejercicio de cualquier otra. Se trataba de un Estado confesionalmente católico:

«Constitución de 1823, artículo 8.- La religión de la República es la Católica, Apostólica, Romana, con exclusión del ejercicio de cualquier otra».

«Constitución de 1823, artículo 9.- Es un deber de la Nación protegerla constantemente, por todos los medios conformes al espíritu del Evangelio, y de cualquier habitante del Estado respetarla inviolablemente».

Confesión institucional católica y protección estatal de la Iglesia, fueron los rasgos con los que las Constituciones siguientes continuaron la línea establecida por la Constitución de 1823. Podemos ver este tratamiento en el artículo 6 de la Constitución de 1826; en el 3 de la Constitución de 1828, 2 de la Constitución de 1834, 3 de la Constitución de 1839 y 4 de la Constitución de 1856 (que también prohibieron otras confesiones). El artículo 5 de la Constitución de 1837 declaró:

«Constitución de 1837, artículo 5.- La religión de la confederación es la Católica, Apostólica, Romana».

La Constitución de 1860 sufrió una modificación. Originalmente estableció la misma norma que hemos visto ya desde la Constitución de

1823. Sin embargo, en 1915 se eliminó la exclusión de otras religiones que no fueran la Católica. El texto original dijo:

«Constitución de 1860, artículo 4.- La nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana: el Estado la protege, y no permite el ejercicio público de otra alguna".

La modificación fue establecida por la ley 2193 de 11 de Noviembre de 1915, que estableció así el artículo 4: «La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica y Romana y el Estado la protege».

La Constitución de 1867 siguió la tradición iniciada por la Constitución de 1823, esto es, contuvo en su artículo 3 la misma norma que leemos en el artículo 4 de la Constitución de 1860

La Constitución de 1920 adoptó la versión que, cinco años antes, se había hecho del artículo 4 de la Constitución de 1860:

«Constitución de 1920, artículo 5.- La Nación profesa la religión Católica, Apostólica, Romana. El Estado la protege».

El cambio se consolida en la Constitución de 1933 que reconoce a la religión católica y la protege, al tiempo que consagra la libertad de culto:

«Constitución de 1933, artículo 232.- Respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege la Religión Católica, Apostólica y Romana. Las demás religiones gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos».

Otros tres artículos de la Constitución de 1933 (233, 234 y 235) se refieren también a la relación entre Estado e Iglesia, pero tratan fundamentalmente del Patronato, de los concordatos y de la condición de los obispos.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 contenía el siguiente artículo, que es antecedente de este numeral 50 de la Constitución de 1993 que comentamos:

"Artículo 86.- Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta su colaboración.

El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras confesiones".

En relación a la Iglesia Católica, la norma es idéntica en ambas Constituciones, con una muy pequeña modificación de redacción que no altera en absoluto el sentido hermenéutico.

En relación a otras confesiones, ambas Constituciones establecen que el Estado podrá entablar formas de colaboración, pero la Constitución de 1993 indica, adicionalmente, que el Estado las respeta, aclaración importante y pertinente.

Análisis exegético

Con ocasión de realizarse la Asamblea Constituyente de 1978-1979, la Conferencia Episcopal Peruana propuso un artículo para la parte concerniente a la libertad religiosa y a la relación entre la Iglesia Católica y el Perú:

> El Estado reconoce la libertad religiosa y garantiza los derechos individuales y sociales que de ella se derivan, pudiendo establecer formas de colaboración con las confesiones religiosas.
>
> Teniendo en cuenta las creencias de la mayoría nacional, el Estado presta a la Iglesia Católica la cooperación que corresponde a esa situación para el mejor servicio a la comunidad (50).

---

(50) CONFERENCIA EPISCOPAL PERUANA. *Religión e Iglesia en la Nueva Constitución*. En BERNALES B., E. y RUBIO C., M. *Constitución: fuentes e interpretación*. Lima, Mesa Redonda Editores S.A., 1988. Anexo II, p. 134.

La Conferencia Episcopal fundamentó esta posición de la siguiente manera:

> La ayuda que la Iglesia presta con la colaboración económica del Estado, es debidamente comprendida y apreciada por la comunidad nacional. Las autoridades y los políticos conocen la insistencia con la cual los pueblos más abandonados reclaman esta acción coordinada.
>
> Tal cooperación, sin embargo, debe establecerse ahora con formas modernas. Así, la vieja institución colonial del Patronato, hoy convertido en mera fórmula, debe dar paso al reconocimiento de la independencia de la Iglesia, contraparte del respeto de ésta por la autonomía de lo temporal y de los Estados. La idea de «protección» típica de una concepción pater-nalista superada, debe ceder a una interrelación, sin otro fin que el mejor servicio a la comunidad nacional, tarea diferente pero coincidente del Estado y de la Iglesia en beneficio de un mismo pueblo. El regalismo que impregna artículos de la Constitución que ahora se reemplaza, debe dejar paso a un Estado que, celoso de su autonomía, respeta la de las instituciones y las personas, libre de privilegios, hoy totalmente desaparecidos de las cartas fundamentales del mundo. La idea de «separación» que algunos creen un progreso, significa una realidad individualista del siglo pasado, cuando hoy, comunitariamente, todas las instituciones deben coordinar su acción social propia.
>
> Concretamente es de desear no sólo un reconocimiento general de la libertad religiosa, sino también la garantía de los derechos individuales y sociales que se derivan de aquélla.
>
> Es igualmente fundado que, teniendo en cuenta las creencias de la mayoría nacional así como tomando en consideración el aporte que la Iglesia Católica ha dado históricamente a la Patria y la significación del mismo en la formación de la realidad nacional, el Estado preste a la Iglesia católica la cooperación conveniente para un mejor servicio de la comunidad, servicio éste que, como el bien común, es la razón de ser y de actuar del Estado.

Tales principios se podrían concretar en el siguiente enunciado:

El Estado reconoce la libertad religiosa y garantiza los derechos individuales y sociales que de ella se derivan, pudiendo establecer formas de colaboración con las confesiones religiosas.

Teniendo en cuenta las creencias de la mayoría nacional, el Estado presta a la Iglesia católica la cooperación que corresponde a esa situación para el mejor servicio a la comunidad (51).

La larga tradición de confesionalidad declarada de la Nación por la Iglesia Católica, cambió hacia el principio de la libertad religiosa con reconocimiento y colaboración para con la Iglesia Católica, a instancia de la misma Conferencia Episcopal peruana, como puede apreciarse. Por lo demás, todo lo sustancial de la propuesta ha sido incorporado tanto en el artículo 2 inciso 3 como en el 50 de la Constitución.

Queda claro, entonces, que las relaciones entre el Estado peruano y la Iglesia Católica se rigen por las siguientes reglas:

- Independencia y colaboración.

- Reconocimiento de la importancia de la Iglesia para la formación del Perú (52).

---

(51) CONFERENCIA EPISCOPAL PERUANA. *Religión e Iglesia en la Nueva Constitución.* En BERNALES B., E. y RUBIO C., M. *Constitución: fuentes e interpretación.* Lima, Mesa Redonda Editores S.A., 1988. Anexo II, p. 134.

(52) Monseñor José Dammert Bellido, un día nos contó la siguiente anécdota, significativa de esta vinculación de la Iglesia con la formación del Perú. Hacía Monseñor gestiones en nombre del Episcopado y un funcionario público se negaba a aceptarlas hasta que se le demostrara la personería jurídica de la Iglesia en una norma jurídica válida. Cansado de argumentar, Monseñor le dijo: "¿Que cuál es el reconocimiento jurídico del Estado a la Iglesia? Lo único que tiene que hacer Ud. es mirar el Acta de Declaración de la Independencia que crea al Perú como República independiente y darse cuenta que allí está la firma del Arzobispo de Lima. ¡Es el Perú el que existe por la participación de la Iglesia en su nacimiento!". El argumento era, como diría la teoría del contrato social, de *Estado de Naturaleza* a *Estado de Sociedad.* En todo caso bastó y la gestión procedió.

- El Estado podrá establecer colaboración con otras confesiones.

El Decreto Ley 23211 del 24 de Julio de 1980, aprueba el Acuerdo Entre la Santa Sede y la República del Perú, suscrito en la ciudad de Lima el 19 de Julio de 1980. Sus normas principales son las siguientes:

- La Iglesia Católica gozará de la personería jurídica de carácter público que se le ha reconocido, con plena capacidad y libertad para la adquisición y disposición de bienes, así como para recibir ayuda del exterior (artículo 2).

- Tienen personería y capacidad jurídica la Conferencia Episcopal Peruana, los Arzobispados, Obispados, Prelaturas y Vicariatos Apostólicos existentes, y los que posteriormente pueda crear la Santa Sede (artículo 3).

- Ninguna parte del territorio peruano dependerá de diócesis cuya sede esté en el extranjero y las diócesis establecidas en territorio peruano no se extenderán más allá de las fronteras (artículo 5).

- Nombrado un eclesiástico por la Santa Sede para ocupar algún cargo de Arzobispo u Obispo o Coadjutor con derecho a sucesión, Prelado o Vicario Apostólico, o para regir alguna diócesis temporalmente, la Nunciatura Apostólica comunicará el nombre del mismo al presidente de la República antes de su publicación; producida ésta el gobierno le dará el correspondiente reconocimiento para los efectos civiles. Los Arzobispos y Obispos residenciales serán ciudadanos peruanos (artículo 7).

- Se continuará el sistema de subvención estatal para las personas, obras y servicios de la Iglesia Católica. Las asignaciones personales no tienen carácter de remuneración y no constituyen renta sujeta a tributación (artículo 8).

- El Estado garantiza que el Vicariato Castrense continuará prestando asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, así como a los servidores civiles de dichas instituciones que sean católicos (artículo 11). En los artículos 12 a 17 se regulan diversos aspectos del vicariato castrense.

- Se da a la Iglesia libertad plena para establecer centros educacionales de todo nivel, de conformidad con la legislación nacional, en el ámbito de la educación particular (artículo 19).

93. Artículo 51

> ***«Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.»***

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Existen normas de supremacía constitucional entre 1823 y 1856, aún cuando su teleología es ligeramente distinta a la que el artículo 51 tiene actualmente en nuestro sistema jurídico. Eso se ve claramente a partir del artículo 121 de la Constitución de 1823, que está destinado a convalidar la legislación colonial en tanto no sea incompatible con la República y mientras no se dicten los grandes códigos (que ya Napoleón había establecido pocos años antes en la Francia de la revolución liberal). El texto fue el siguiente:

«Constitución de 1823, artículo 121.- Todas las leyes anteriores a esta Constitución, que no se opongan al sistema de la independencia, y a los principios que aquí se establecen, quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los códigos civil, criminal, militar y de comercio».

La disposición según la cual quedan en vigor las leyes que no se opongan a la Constitución, se mantiene en el artículo 131 de la Constitución de 1828; en el artículo 177 de la Constitución de 1834 y en el artículo 182 de la Constitución de 1839. La Constitución de 1856 varía su significado modernizándolo: en la primera parte de su artículo 10 establece la supremacía constitucional por sí misma y en su segunda parte complementa el significado declarando nulos los actos de quienes usurpen funciones públicas. Está claro que considera a la Constitución como una norma suprema, emanada del poder constituyente y que, en adelante, la autoridad del Estado sólo podrá tener fundamento en dicha Constitución.

En realidad, es el viraje del concepto. Hasta allí ha servido para protegerse de la legislación colonial contraria a los principios de la República. A partir de ahora, este hilo normativo se refiere indiscutiblemente a la supremacía constitucional en el sentido moderno del término.

«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».

Luego, la referencia a la supremacía constitucional desaparece de los textos constitucionales (aunque existirá en los de rango siguiente), hasta que la Constitución de 1979 retoma el principio.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 trae el siguiente artículo como antecedente del que ahora comentamos:

"*Artículo 87.- La Constitución prevalece sobre toda otra norma legal. La ley, sobre toda otra norma de inferior categoría, y así sucesivamente de acuerdo a su jerarquía jurídica.*

La publicidad es esencial para la existencia de toda norma del Estado. La ley señala la forma de publicación y los medios de su difusión oficial".

En cuanto a los rangos legislativos, las dos Constituciones traen la misma norma con prácticamente la misma redacción.

La publicidad era esencial para la *vigencia* de la norma según la Constitución de 1979. Para la de 1993 es esencial para su *existencia*. Esto quiere decir que en criterio de la Constitución vigente, la norma no es perfecta mientras no haya sido publicada. La norma es correcta aunque el efecto pretendido con ella es, a la larga, el mismo que obtenía la redacción de la Constitución de 1979 al respecto.

Añade la Constitución de 1993 que la ley señalará las formas de publicación y los medios de difusión oficial. Es una disposición correcta

aunque innecesaria porque podrá darse una ley sobre la materia sin que la regla aparezca en el texto constitucional.

Análisis exegético

Este artículo dicta las normas esenciales del ordenamiento del sistema jurídico estableciendo las líneas generales de su jerarquía y el principio de la publicidad como requisito indispensable para la vigencia de las normas de Derecho.

El sistema jurídico peruano comienza con una Constitución escrita y sigue descendentemente con varios tipos de normas de los cuales sólo es citada la ley en este artículo 51. Vale la pena hacer una revisión del sistema jurídico peruano a propósito del comentario que hacemos, con la finalidad de definir lo más perfectamente posible los rangos y características de las principales normas jurídicas existentes (53).

El sistema legislativo peruano tiene, en la Constitución de 1993, un nivel nacional que corresponde al Gobierno Central, y una dimensión local que corresponde a los gobiernos locales. En la Constitución de 1979 aparecía el nivel regional, correspondiente a los gobiernos regionales. La actual Constitución prácticamente no trata de ellos y ha dejado su desarrollo a una ley orgánica. (54)

---

(53) El texto que presentamos a continuación es obra nuestra, publicada originalmente como *El sistema legislativo en la Constitución de 1993.* En VARIOS AUTORES *La Constitución de 1993 - Análisis y comentarios.* Lima, Comisión Andina de Juristas. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 10, 1994, pp. 165-177. Luego de una revisión, hemos considerado que no requiere cambios.

(54) Durante el debate constitucional, la mayoría del Congreso Constituyente se negó sistemáticamente a establecer gobiernos regionales. Sin embargo, al final de la discusión, sorpresivamente, volvió sobre sus pasos y dejó sólo unas normas generales (artículos 197 a 199 de la Constitución) que serán desarrolladas prioritariamente en las leyes de desarrollo constitucional (disposición transitoria octava, inciso 1). Como único rastro de la función legislativa de los gobiernos locales ha quedado una mención a las *normas regionales de carácter general* al tratarse la Acción de Inconstitucionalidad en el inciso 4 del artículo 200.

93.1. El Plano Nacional

El plano legislativo nacional corresponde a los órganos del Gobierno Central (cuyas competencias se centran en los poderes Legislativo y Ejecutivo) y a algunos otros órganos constitucionales autónomos (particularmente, al Banco Central de Reserva del Perú y a la Oficina Nacional de Procesos Electorales).

93.1.1. La Supremacía Constitucional

Como no podía ser de otra manera, la Constitución Política tiene la más alta jerarquía dentro del ordenamiento positivo del Estado. Lo dice textualmente el artículo 51 que comentamos al establecer: «*La Constitución prevalece sobre toda norma legal* [...]».

A fin de garantizar esta supremacía, el artículo 200 de la Constitución ha establecido un esquema amplio y diverso de garantías Constitucionales. Las que corresponden al cuidado de la supremacía constitucional son la acción de Hábeas Corpus, la Acción de Amparo, la Acción de Hábeas Data, la Acción de Inconstitucionalidad y la Acción Popular. Su descripción está hecha en el artículo que transcribimos:

«Artículo 200.- Son garantías constitucionales:

Sin embargo, en el momento de escribir este trabajo y que es antes de que se haya aprobado la ley de desarrollo constitucional en materia de descentralización, es imposible decir si la mención de este artículo a las normas regionales es un error o la intención de darles reconocimiento constitucional. Pensamos que puede ser un error porque cuando la Constitución habla de las máximas autoridades de la Región menciona al Consejo de Coordinación regional (artículo 198) que, cuando menos por el nombre, parece un órgano de concertación y no uno con atribución legislativa. Por lo demás, la mención que comentamos, parece mecánicamente copiada del inciso 1 del artículo 298 de la Constitución de 1979. En cualquier caso, la duda se despejará en cuanto tengamos las normas sobre regionalización a las que da prioridad el inciso primero de la octava disposición transitoria de la Constitución de 1993.

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución con excepción de los señalados en el artículo siguiente.

   No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2 incisos 5 y 6 de la Constitución.

4. la Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general cualquiera sea la autoridad de la que emanen.»

Los cambios más importantes que trae este artículo en relación a las garantías constitucionales de la Constitución de 1979 son los siguientes:

- la introducción del Hábeas Data, referido a los derechos de recibir y administrar información (55).

---

(55) Desde antes de aprobada la Constitución, la prensa peruana luchó frontalmente contra la Acción de Hábeas Data alegando que recortaba sus liberta-

- La inclusión de los decretos de urgencia entre las normas susceptibles de ser invalidadas por la Acción de Inconstitucionalidad. Por la forma en que el tema fue legislado en la Constitución de 1979, en la práctica se hizo imposible impugnar los decretos de urgencia durante su vigencia.

La reforma de la Constitución es sustantivamente la misma que en la Constitución de 1979 salvo tres novedades:

- La iniciativa popular para proponer modificaciones constitucionales requería en la Constitución de 1979 cincuenta mil firmas y ahora requiere el 0.3% del padrón electoral (56).

- No se requiere ya aprobación en dos primeras legislaturas ordinarias (que en la sistemática de la Constitución anterior eran las que comenzaban el 28 de Julio y culminaban el 15 de Diciembre de cada año). sino en dos legislaturas sucesivas; y,

- Se requiere referéndum ratificatorio (de él tratan los artículos 32 inciso 1 y 206) salvo la excepción contenida en el artículo pertinente que transcribimos:

«Artículo 206.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referendum. Puede omitirse el referendum 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. La ley de

---

des, particularmente la de información. La Ley 26470 del 09 de junio de 1995 estableció reformas constitucionales en el sentido que las pedían los medios de comunicación y, en consecuencia, dejaron a estas disposiciones con los contenidos aquí expresados.

(56) En 1979 el padrón electoral era, gruesamente hablando, de seis millones quinientos mil electores. Hoy el padrón es aproximadamente de doce millones. Por lo tanto, la exigencia se ha reducido considerablemente desde que las firmas actualmente requeridas están en el orden de las treintiseis mil.

reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral).»

93.1.2. Las normas con rango de ley

Las normas con rango de ley son el segundo rango dentro de la legislación nacional correspondiente al Gobierno Central, inmediatamente debajo de la Constitución. Ingresan aquí un conjunto variado de disposiciones, encabezadas por la ley (aprobada por el Congreso y Promulgada por el Poder Ejecutivo).

Existe la ley 26889 del 09 de Diciembre de 1997 que establece lineamientos para la elaboración, denominación y publicación de las leyes. Comprende a las leyes, resoluciones legislativas, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y decretos de urgencia.

93.1.2.1. La ley

La Constitución ha mantenido el principio tradicional en el Perú de que la producción de normas con rango de Ley corresponde al Congreso. Así se establece en el artículo 102 inciso 1:

«Artículo 102.- Son atribuciones del Congreso:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes. [...]».

La aprobación de la ley puede ser delegada a la Comisión Permanente con las limitaciones que establece el inciso 4 del artículo 101. Además, hay que tener en cuenta que, como en la Constitución de 1979 el Reglamento del Congreso, aprobado por éste, tiene fuerza de ley (artículo 94)

También como en la Constitución de 1979, el artículo 51 que comentamos establece la primacía de la ley sobre todas las normas de inferior categoría (excepto la Constitución, naturalmente).

Sobre el tratamiento de la ley, la Constitución trae las siguientes modificaciones en relación a la de 1979:

- La iniciativa en la formación de las leyes se ha ampliado.. El artículo 107 dice:

  «Artículo 107.- El Presidente de la República y los congresistas (57) tienen derecho de iniciativa en la formación de las leyes.

  También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los municipios y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley.»

  Las normas aquí establecidas concuerdan con :

  a. La iniciativa legislativa de la ciudadanía que se regulará por ley y que está consagrada también en el inciso 17 del artículo 2 y en el artículo 31.

  b. La iniciativa que corresponde al Ministerio Público según el inciso 7 del artículo 159.

  c. La iniciativa que corresponde al Defensor del Pueblo según el artículo 162.

---

(57) Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el artículo 79 de la Constitución establece este límite: «*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 [...]*».

d. La que corresponde al Jurado Nacional de elecciones en materia electoral, según el artículo 178.

- Según el artículo 105, la ley no puede ser aprobada por el Pleno del Congreso si el proyecto respectivo no fue aprobado previamente por la respectiva Comisión dictaminadora, salvo las excepciones que señale el Reglamento del Congreso (58).

- La ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial salvo que ella misma postergue aún más su vigencia (artículo 109). En la Constitución de 1979 la ley entraba en vigencia, como regla general, al décimosexto día posterior a la publicación.

- La retroactividad benigna sólo está autorizada en materia penal cuando favorece al reo. La Constitución de 1979 la extendía al ámbito laboral cuando favorecía al trabajador y al ámbito tributario cuando favorecía al contribuyente.

- Se ha constitucionalizado la norma previamente existente sólo en los títulos preliminares de los Códigos Civiles que dice: «*La ley se deroga sólo por otra ley*» (artículo 103).

- Se ha añadido correctamente, que la ley «[...] También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.»

- Se ha distinguido con mayor precisión las leyes ordinarias de las leyes orgánicas. Estas últimas han sido definidas en el artículo 106:

  «Artículo 106.- Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Cons-

---

(58) Esta norma, sin embargo, fue incumplida al aprobarse la ley 26291 del 9 de Febrero de 1994, que estableció una regla temporal para resolver conflictos de competencia entre los tribunales civiles y militares, y que estuvo enderezada a transferir a la jurisdicción militar el caso de los desaparecidos en la Universidad La Cantuta.

titución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.»

Además, sobre ellas se ha establecido que su aprobación no es delegable a la Comisión Permanente (artículo 101 inciso 4) y, por tanto, tampoco son delegables al Poder Ejecutivo para ser dictadas vía decreto legislativo (artículo 104).

- En la octava disposición final se ha establecido que las leyes que desarrollan los contenidos constitucionales se llamarán leyes de desarrollo constitucional que, sin embargo, tendrán los mismos requisitos que las leyes orgánicas o comunes, según sea el caso.

- Se ha establecido la posibilidad de que ciertas leyes sean ratificadas por referendum popular.

«Artículo 32.- Pueden ser sometidas a referendum:
[...]
2. La aprobación de normas con rango de ley.
[...]

No pueden someterse a referendum 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.»

La Constitución no dice si estas leyes ratificadas por referendum podrán luego ser modificadas por un acuerdo ordinario del Congreso o por otra norma equivalente. Esto hará necesaria una norma expresa para solucionar esta interrogante en la ley de desarrollo constitucional respectiva.

Cabe añadir, finalmente, que el artículo 74 de la Constitución ha establecido el principio de reserva legal en materia tributaria con las siguientes características:

«Artículo 74.- Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo, en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.

Los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria. las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación. Las leyes de presupuesto no pueden contener normas sobre materia tributaria.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.»

93.1.2.2. El Decreto Legislativo: delegación de atribución legislativa por el Congreso en el Ejecutivo

El Congreso puede delegar la función legislativa en el Ejecutivo. Lo dice el artículo 104:

«Artículo 104.- El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.»

Las modificaciones que este artículo establece en relación a su correlativo 188 de la Constitución de 1979 son:

- Exige que la materia delegada sea especificada, lo que no fue así en la Constitución anterior.

- Exige que el plazo de la delegación sea determinado. La Constitución anterior hablaba de una delegación «por término» que es expresión un poco más genérica.

- Excluye de la delegación las normas que no pueden delegarse a la Comisión permanente, señaladas en el inciso 4 del artículo 101 antes citado. La Constitución de 1979 no establecía limitación alguna en este aspecto.

- Se establece que el Presidente de la República da cuenta al órgano legislativo de los Decretos que dicta. La Constitución anterior no decía nada al respecto.

Además, el artículo 125 inciso 2 establece que el Consejo de Ministros debe aprobar los Decretos Legislativos y el inciso 3 del artículo 123 indica que son refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros.

Según el artículo 74, los decretos legislativos pueden contener normas sobre materia tributaria".

93.1.2.3. Los tratados

La sistemática de esta parte de la Constitución ha sido totalmente cambiada. En la de 1979 las normas fundamentales eran las siguientes:

- Los tratados que versaban sobre Derechos Humanos tenían jerarquía constitucional y no podían ser modificados sino por el procedimiento que regía para la reforma de la Constitución. (Artículo 105 de la Constitución de 1979).

- Los tratados eran aprobados por el Congreso y ratificados por el Presidente de la República. Formaban parte del Derecho Nacional.

En caso de conflicto entre el tratado y la ley primaba el tratado. (Artículos 101 y 102 de la Constitución de 1979).

- Los tratados de integración con Estados latinoamericanos prevalecían sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes (artículo 106).

- El Presidente de la República podía celebrar convenios internacionales sobre materia de su exclusiva competencia, dando cuenta al Congreso (artículo 104).

Se producía una situación en la cual había tratados con rango de ley y convenios con rango de decreto, según fueran aprobados por el Congreso o por el Poder Ejecutivo. A su vez, de entre los de rango de ley la primacía la tenían los de integración con Estados latinoamericanos y, luego, todos los tratados sobre la ley interna cuando entraban en conflicto con ella.

La Constitución de 1993 establece una nueva sistemática en estos términos:

- Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República (artículo 57). En otras palabras, adquiere la fuerza normativa de una reforma constitucional.

- El Congreso sólo aprobará los tratados que versen sobre las siguientes materias:

  a. Derechos Humanos.
  b. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
  c. Defensa Nacional.
  d. Obligaciones financieras del Estado.
  e. creación, modificación o supresión de tributos.
  f. Aquellos que exigen modificación o derogación de alguna ley.
  g. Aquellos que requieren medidas legislativas para su ejecución. (Artículo 56).

- Todo tratado cuya materia no esté reservada a la aprobación del Congreso, será aprobado por el Presidente de la República, dando cuenta al Congreso (artículo 57).

- Los tratados forman parte del Derecho nacional (art. 55).

En otras palabras, se crean tres rangos de tratados, según la aprobación que reciben: unos tendrán rango constitucional, otros de ley y, los que aprueba el Presidente, lo tendrán de decretos supremos (y por tanto, rectamente entendidas las cosas, sometidos a las leyes internas. Sin embargo, la Ley 26435 establece que todos los tratados, hayan o no requerido la aprobación del Congreso, son impugnados mediante la acción de Inconstitucionalidad de las Leyes).

Al propio tiempo, se cancela la primacía del tratado sobre la ley en caso de conflicto. Ahora sus relaciones se regirán por las que corresponden a dos normas dictadas en distintos momentos y, eventualmente, en distintos rangos.

93.1.2.4. Los decretos de urgencia

El inciso 20 del artículo 211 de la Constitución de 1979 había dado al Presidente de la República la atribución de «Administrar la Hacienda Pública; negociar los empréstitos; y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso.» En virtud de la parte final de este inciso, todos los gobiernos constitucionales bajo la Constitución de 1979 dictaron decretos de urgencia a los que de hecho dieron fuerza de ley. Mucha de la legislación más importante del período fue dictada a través de este mecanismo legislativo. Además, como los decretos de urgencia no figuraban en la lista de las normas susceptibles de ser impugnadas por la Acción de Inconstitucionalidad, en la práctica los decretos de urgencia devinieron en normas inatacables.

La Constitución de 1993 ha legislado con mayor detalle y precisión los decretos de urgencia. Las normas fundamentales que contiene respecto de ellos son:

- Los decretos de urgencia son medidas extraordinarias dictadas por

el Poder Ejecutivo con fuerza de ley, en materia económica y financiera (artículo 118 inciso 19).

- Los decretos de urgencia son aprobados por el Consejo de Ministros (artículo 125 inciso 2), y deben ser refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros (Art. 123 inciso 3).

- Debe darse cuenta de ellos al Congreso, el que los puede modificar o derogar (Artículo 118 inciso 19).

- Los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria (artículo 74).

93.1.3. Los decretos y resoluciones

Por debajo de las normas con rango de ley en el sistema legislativo de nivel nacional se hallan los decretos y resoluciones, que no pueden transgredir ni desnaturalizar la ley. Son regulados como función del Poder Ejecutivo en la siguiente norma:

«Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República:

[...]

8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.

[...].»

El tratamiento de estas normas es equivalente en las dos Constituciones.

93.1.4. Organos constitucionales con potestad de dictar normas generales

Algunos órganos del Estado tienen la atribución de dictar normas generales dentro de una esfera muy específica de competencias que, al estar asignadas constitucionalmente, no pueden ser interferidas por nin-

gún otro órgano del Estado. Esto los hace compartir, con igual poder pero con menos extensión de materia, la soberanía del Estado. La Constitución trata específicamente a dos de estos órganos:

- Uno es el Banco Central de Reserva que dicta resoluciones sobre las materias que caen en su esfera de competencia. la norma es:

  «Artículo 84.- [...] La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica.»

- El otro órgano es la Oficina Nacional de Procesos Electorales que dicta normas para los comicios nacionales, función que ya era reconocida antes al Jurado Nacional de Elecciones, encargado de las mismas tareas antes de la actual Constitución. La norma es:

  «Artículo 186.- La Oficina Nacional de Procesos Electorales dicta las instrucciones y disposiciones necesarias para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios. Estas disposiciones son de cumplimiento obligatorio para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.»

93.2. El plano local

El plano local es el que corresponde a los gobiernos locales encarnados en los Concejos Municipales provinciales y distritales del país.

La producción legislativa de este plano de organización del Estado se regula detalladamente en la Ley Orgánica de Municipalidades. A partir de la Constitución, por tanto, no se puede dar una imagen completa de ella.

Sin embargo, la Constitución habla de las ordenanzas municipales, que son las normas generales que aprueban los Concejos respectivos. De ellas, se dice que son impugnables vía la Acción de Inconstitucionalidad (artículo 200 inciso 4), y que pueden ser sometidas a referendum (artículo 32 inciso 3).

No es mucho, pero sí lo suficiente como para reconocerles rango constitucional y eso, desde luego, tiene trascendencia.

Finalmente, una mención concreta a la atribución legislativa de los concejos municipales es el párrafo del artículo 74 que dice: «[...] Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones, y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley. [...]».

Cabe añadir que en 1996 se han dictado dos normas importantes en relación al sistema legislativo peruano:

- La primera es la ley 26463 del 07 de Junio de 1995, según la cual, en las ediciones oficiales de la Constitución se debe consignar a pie de página del texto reformado, el número y fecha de promulgación de la ley, así como el texto que tenía el artículo antes de la reforma. Es una norma saludable para preservar la memoria de las disposiciones constitucionales peruanas.

- La segunda es la ley 26633 del 21 de Junio de 1996 que dispone que el Ministerio de Justicia edite la Compilación de la Legislación Peruana que comprenda todas las normas con rango de ley vigentes y sus reglamentos. Se ha criticado a esta ley que pueda ser interpretada en el sentido que deposita en el Ministerio de Justicia el determinar la normatividad de rango de ley que permanece vigente. Se supone que esta recopilación habrá de recibir una aprobación formal del Congreso para que, así, cancele lo anterior y nadie pueda pretender encontrar leyes vigentes en el pasado.

Por otro lado, se ha emitido el Decreto Supremo 018-97-PCM del 18 de Abril de 1997, fundamentalmente referido a los aspectos económicos de la publicación de las normas jurídicas en el Diario Oficial. Su artículo 1 dice lo siguiente:

"Decreto Supremo 018-97-PCM, artículo 1.- Corresponde al Diario Oficial El Peruano publicar en forma gratuita y bajo responsabilidad únicamente lo siguiente:

1. La Constitución y sus modificatorias.

2. Las Leyes, las Resoluciones Legislativas, los Decretos Legislativos, los Decretos de Urgencia, los Tratados aprobados por el Congreso y los Reglamentos del Congreso.
3. Los Decretos Supremos.
4. Los Tratados aprobados por el Presidente de la República.
5. Las Resoluciones Supremas.
6. Las Resoluciones del Tribunal Constitucional que ponen fin a los procesos interpuestos al amparo del Artículo 203 de la Constitución Política del Perú, y las Resoluciones de los Tribunales Judiciales y Administrativos, cuando sienten precedente de observancia obligatoria, así declarado expresamente en la propia Resolución y de acuerdo a ley.
7. Las Resoluciones emitidas por el Organo Electoral con relación a las autoridades elegidas por sufragio popular.
8. Los siguientes dispositivos cuando tengan carácter general:
   a. Las normas que expida el Banco Central de Reserva en virtud de la autorización otorgada por el segundo párrafo del Artículo 84 de la Constitución, relativas a la regulación de la moneda y el crédito del sistema financiero.
   b. Las normas que expida la Oficina Nacional de Procesos Electorales relativas a las instrucciones y disposiciones necesarias para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios.
   c. Reglamentos y normas que se aprueben a través de Resoluciones Ministeriales, Viceministeriales, Directorales, Jefaturales, salvo los reglamentos de carácter interno, referidos a la Organización y Función.
   d. Acuerdos de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.
   e. Resoluciones del Tribunal Constitucional, Poder Judicial y del Ministerio Público, de sus Comisiones Ejecutivas, del Consejo de Coordinación Judicial o de los entes que ejerzan la titularidad de sus pliegos.
   f. Directivas y Resoluciones de organismos descentralizados y autónomos de ámbito nacional, siempre y cuando sean dictadas en ejercicio de sus facultades previstas en sus leyes de creación o normas complementarias.
   g. Los emitidos por la Municipalidad de Lima Metropolitana.
9. Las exposiciones de motivos de las normas con rango de Ley, hasta un límite equivalente al doble de la extensión de la norma que

las origina. El exceso quedará sujeto a lo que establece el Artículo 2.

10. La publicación, con Acuerdo del Pleno del Congreso o de la Comisión Permanente o del Consejo de Ministros, según corresponda, de los proyectos de Ley, Decretos Legislativos y Decretos Supremos.
3. Los índices y estadísticas nacionales aprobadas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)"

94. Artículo 52

> ***«Artículo 52.- Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad.***
>
> ***Son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.»***

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 estableció tres tipos de vinculación a la nacionalidad peruana: el nacimiento en el territorio; el nacimiento de padre o madre peruano, y la naturalización:

«Constitución de 1823, artículo 10.- Son Peruanos:

1. Todos los hombres libres nacidos en el territorio del Perú.
2. Los hijos de padre o madre peruanos, aunque hayan nacido fuera del territorio, luego que manifiesten legalmente su voluntad de domiciliarse en el país.
3. Los naturalizados en él, o por carta de naturaleza, o por vecindad de cinco años, ganada según ley, en cualquier lugar de la República».

La Constitución de 1826 añadió algunos conceptos interesantes:

«Constitución de 1826, artículo 11.- Son Peruanos:

1.- Todos los nacidos en el territorio de la República.
2.- Los hijos de padre ó madre peruanos, nacidos fuera del territorio, luego que manifiesten legalmente su voluntad de domiciliarse en el Perú.
3.- Los libertadores de la República declarados tales por la ley de 12 de Febrero de 1825.
4.- Los extranjeros que obtengan carta de naturaleza, ó tengan tres años de vecindad en el territorio de la República».

También la Constitución de 1828 trajo innovaciones interesantes en relación a lo previo:

«Constitución de 1828, artículo 4.- Son ciudadanos de la nación peruana:

1.- Todos los hombres libres nacidos en el territorio de la República.
2.- Los hijos de padre ó madre peruanos, nacidos fuera del territorio, desde que manifiesten legalmente su voluntad de domiciliarse en el Perú.
3.- Los extranjeros que hayan servido ó sirvieren en el ejército y armada de la República.
4.- Los extranjeros avecindados en la República desde antes del año veinte, primero de la independencia, con tal que prueben, conforme a la ley, haber vivido pacíficamente en ella; y se inscriban en el registro nacional.
5.- Los extranjeros posteriormente en la República, ó que se establecieren, obteniendo carta de ciudadanía conforme a la ley.
6.- Los ciudadanos de las demás secciones de América, que desde antes del año veinte se hallan establecidos en el Perú, gozarán de la ciudadanía, con tal que se inscriban en el registro nacional: y los que en adelante se establecieren, con arreglo a las convenciones recíprocas que se celebren».

Las Constituciones de 1834 (artículo 3) y de 1837 (artículo 4), no trajeron mayores novedades respecto del tema. La Constitución de 1839 hizo una clara diferenciación, por primera vez, entre peruanos por nacimiento y por naturalización:

«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».

Las Constituciones de 1856 (artículos 32 a 34), 1860 (artículos 33 a 35) y 1867 (artículos 32 a 36), siguieron la misma sistemática que la de 1839.

En la Carta de 1856 es interesante de notar que se podrá otorgar naturalización a extranjeros que ejerzan profesión o industria. La norma es la siguiente:

«Constitución de 1856, artículo 34.- Son Peruanos por naturalización los extranjeros mayores de veintiún años que ejerzan alguna profesión ó industria y se inscriban en el registro cívico, en la forma que determine la ley».

En la Constitución de 1860 es interesante que se considere peruanos por nacimiento a las siguientes personas:

«Constitución de 1860, artículo 34.- Son peruanos por nacimiento:

[...]

3.- Los naturales de la América Española y los españoles que se hallaban en el Perú cuando se proclamó y juró la independencia, y que han continuado residiendo en él posteriormente».

También se pone ciertos requisitos de capacidad laboral a quienes sean extranjeros y se naturalicen:

«Constitución de 1860, artículo 35.- Son peruanos por naturalización:

Los extranjeros mayores de veintiún años residentes en el Perú, que ejercen algún oficio, industria ó profesión y que se inscriben en el registro cívico en la forma determinada por la ley».

La Constitución de 1867 siguió la misma línea trazada por las Constituciones previas. Sólo tiene la originalidad de haber establecido estas disposiciones:

«Constitución de 1867, artículo 34.- Gozarán de los derechos de los peruanos de nacimiento:

1.- Los extranjeros que se hallaban en el Perú cuando se proclamó y juró la Independencia, y que han continuado residiendo en él posteriormente.
2.- Los extranjeros que hicieron la campaña de la Independencia, y los vencedores en Abtao y en el Callao, residentes en el país».

«Constitución de 1867, artículo 35.- Para que los extranjeros a quienes comprende el artículo anterior gocen de los derechos de peruanos por nacimiento, se inscribirán en el registro cívico de la provincia de su residencia.

Se exceptúan de esta disposición lo que se hallen gozando de dichos derechos en virtud de leyes preexistentes, o por encontrarse al servicio de la República».

La Constitución de 1920 no transformó sustantivamente los requisitos para ser peruano de nacimiento, pero restringió las posibilidades:

«Constitución de 1920, artículo 59.- Son peruanos de nacimiento:

1.- Los que nacen en el territorio de la República:
2.- Los hijos de padre peruano o de madre peruana nacidos en el extranjero y cuyos nombres se hayan inscrito en el registro cívico, por la voluntad de sus padres, durante su minoría o por la suya propia, luego que hubiesen llegado a la mayor edad o hubiesen sido emancipados».

También cambió la regulación de los peruanos por naturalización:

«Constitución de 1920, artículo 60.- Son peruanos por naturalización:

Los extranjeros mayores de veintiún años residentes en el Perú por más de dos años y que se inscriban en el registro cívico en la forma determinada por la ley».

Las disposiciones de la Constitución de 1933 introdujeron algunas reformas importantes a la tradición previa:

«Constitución de 1933, artículo 4.- Son peruanos los nacidos en el territorio de la República. Lo son también los hijos de padre o madre peruanos, cualquiera que haya sido el lugar de su nacimiento siempre que se domicilien en la República, o se inscriban en el Registro Cívico o en el Consulado respectivo. Se presume que los menores de edad, residentes en el territorio nacional, hijos de padres desconocidos, han nacido en el Perú».

«Constitución de 1933, artículo 5.- Los extranjeros mayores de edad, domiciliados en la República por más de dos años consecutivos y que renuncien a su nacionalidad, pueden nacionalizarse. La nacionalización se otorga con arreglo a la ley, y sólo produce efectos individuales.

No pierden su nacionalidad de origen los nacidos en territorio español que se nacionalicen peruanos, previos los trámites y requisitos que fije la ley de conformidad con lo que se establezca en el tratado que, sobre la base de la reciprocidad, se celebre con la República Española».

«Constitución de 1933, artículo 6.- La extranjera casada con peruano adquiere la nacionalidad de su marido. La peruana que se casa con extranjero conserva la nacionalidad peruana, salvo renuncia expresa».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las normas antecedentes en la Constitución de 1979, respecto de la que aquí comentamos, son las siguientes:

"Artículo 89.- Son peruanos de nacimiento los nacidos en el territorio de la República. Lo son también los hijos de padre o madre peruanos nacidos en el exterior, siempre que sean inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad o manifiesten su deseo de serlo hasta después de un año de alcanzada la mayoría.

Se presume que los menores de edad, residentes en el territorio nacional, hijos de padres desconocidos, han nacido en el Perú".

"Artículo 90.- Puede optar por la nacionalidad peruana al llegar a su mayoría de edad el hijo de extranjero nacido en el exterior, siempre que haya vivido en la República desde los cinco años de edad".

"Artículo 91.- Adquiere la nacionalidad peruana el extranjero mayor de edad, domiciliado en la República por lo menos dos años consecutivos, que solicita y obtiene carta de naturalización y renuncia a su nacionalidad de origen".

"Artículo 93.- Ni el matrimonio ni su disolución alteran la nacionalidad de los cónyuges; pero el cónyuge extranjero, varón o mujer, puede optar por la nacionalidad peruana, si tiene dos años de matrimonio y de domicilio en el Perú".

Ambas Constituciones consideran peruanos por nacimiento a los nacidos en el territorio de la República y a los nacidos en el exterior, hijos de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad. La Constitución de 1979 añadía aquí que también podían ser peruanos de nacimiento los que habiendo nacido en el exterior de padre o madre peruanos *manifiesten su deseo de serlo hasta después de un año de alcanzada la mayoría.*

Luego, genéricamente, la Constitución de 1993 se refiere a los peruanos que llegan a serlo no por nacimiento sino por naturalización u opción. En los párrafos anteriores se encuentran las normas que establecían la opción o la naturalización en la Constitución de 1979. Como se puede apreciar, esta Carta trataba el tema con mayor amplitud que la de 1993.

También la Constitución de 1979 preveía que *Se presume que los menores de edad, residentes en el territorio nacional, hijos de padres desconocidos, han nacido en el Perú.* La norma no está reproducida en la Constitución de 1993.

Sin embargo, es bastante obvio que la Constitución de 1993 ha decidido dejar a la ley el establecimiento de los detalles en referencia a la nacionalidad. La ausencia de mayores detalles en la Constitución no impide que todo lo establecido en la Carta de 1979 se repita en la ley de nacionalidad y naturalización que exista pero, desde luego, si las normas no están en la Constitución, podrán no ser incorporadas en la ley de la materia. Es un asunto de opción de política legislativa y el constituyente de 1993 ha preferido desatar las manos al legislador y dejarle la posibilidad de incluir o eliminar formas de adquisición de la nacionalidad peruana con mayor libertad que la que daba la Constitución de 1979.

Análisis exegético

La nacionalidad es ante todo un derecho humano que no puede ser negado a ninguna persona. Al analizar el inciso 21 del Artículo 2 de la Constitución (cuya concordancia con éste que comentamos es evidente), dijimos que, entre otros, se reconocía tres aspectos de este derecho:

- En la Constitución, está establecido para cada persona el derecho a *su* nacionalidad.
- En la Declaración Universal de Derechos Humanos existía el derecho de toda persona a *una* nacionalidad, que era distinto del anterior y tanto o más importante que él.
- También en la Declaración Universal existía el derecho de cambiar de nacionalidad.

El texto de la Declaración Universal que contiene estas disposiciones es el siguiente:

«Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15.-

1.- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2.- A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad».

La nacionalidad puede ser definida como el 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. Debemos diferenciarlo de la ciudadanía que es el vínculo *político* entre persona y Estado, que la hace partícipe del *pueblo* que toma decisiones políticas. Según la Constitución, un ciudadano es siempre nacional pero no es cierto a la inversa: el menor de dieciocho años tiene nacionalidad peruana, pero no es ciudadano peruano.

El artículo hace una distinción entre los peruanos por nacimiento (primer párrafo del artículo) y los peruanos que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción (segundo párrafo), que por consiguiente no serán peruanos por nacimiento.

Para ser peruano por nacimiento se requiere cualquiera de estas dos condiciones:

- Haber nacido en el territorio de la República. En este caso no importa ni la nacionalidad de los padres, ni la razón por la que la persona nació en el Perú. Basta con que haya ocurrido el hecho.

- Haber nacido de padre o madre peruanos y haber sido inscrito en el registro correspondiente durante la minoría de edad, si se hubiera nacido en el exterior.

En el Perú tenemos la Ley 26574 del 11 de Enero de 1996, Ley de la Nacionalidad, que respecto de los peruanos por nacimiento dice lo siguiente:

«Ley 26574, artículo 2.- Son peruanos por nacimiento:

1. Las personas nacidas en el territorio de la República.

2. Los menores de edad en estado de abandono, que residen en el territorio de la República, hijos de padres desconocidos.

3. Las personas nacidas en territorio extranjero, hijos de padre o madre peruanos de nacimiento, que sean inscritos durante su minoría de edad en el respectivo Registro del Estado Civil, Sección Nacimientos, de la Oficina Consular del Perú.

El derecho otorgado en el numeral 3 es reconocido sólo a los descendientes hasta la tercera generación».

La ley 26574 añade dos precisiones importantes al texto constitucional:

- Que los menores de edad en estado de abandono que residen en territorio peruano y tienen padres desconocidos, son peruanos por nacimiento. La norma es protectiva de dichos menores y, por sólo esa consideración, ya es razonable y coherente con el sistema de derechos humanos, peruano e internacional. Pero, además, es una materialización del derecho a *una* nacionalidad que reconoce la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 15 que hemos transcrito antes. Por consiguiente, encontramos perfectamente constitucional la adición.

- Que las personas nacidas en territorio extranjero del inciso 3 del artículo 2 de la ley (y que son también consideradas en la parte final del primer párrafo del artículo 52 de la Constitución), sólo pueden serlo hasta la tercera generación. Es decir, que si un peruano emigró a otro país, sólo sus hijos y sus nietos podrán ser peruanos de nacimiento. Los bisnietos no están acogidos por el derecho. Esta es una disposición razonable porque, lo más probable, es que en tres generaciones, la relación entre dichas personas y el Perú ya no exista ni cultural ni emocionalmente. Es, a la vez, un principio reconocido en el Derecho comparado el establecer limitaciones de esta naturaleza al derecho de nacionalidad por estirpe cuando se nace en el exterior. Por estas consideraciones (carencia de vínculo social real con el Perú y reconocimiento en el Derecho comparado), así como por el dispositivo del artículo 53 que dice que la ley regula las formas en que se adquiere o recupera la nacionalidad, es-

timamos que la limitación hasta la tercera generación es razonable y que no peca de inconstitucionalidad. Sin embargo, para que la normatividad quedase completamente clara e inobjetable, sería adecuado pensar en una modificación constitucional que estableciera el mismo límite en el artículo 52 de la Carta.

Luego, en el segundo párrafo, la Constitución se establece que los extranjeros pueden adquirir la nacionalidad peruana por naturalización o por opción siempre que se tenga residencia en el Perú.

La Ley 26574 establece los casos en que se puede adquirir la nacionalidad por naturalización. Dice:

«Ley 26574, artículo 3.- Son peruanos por naturalización:

1. Las personas extranjeras que expresan su voluntad de serlo y que cumplen con los siguientes requisitos:

a) Residir legalmente en el territorio de la República por lo menos dos años consecutivos.

b) Ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial.

c) Carecer de antecedentes penales, tener buena conducta y solvencia moral.

2. Las personas extranjeras residentes en el territorio de la República a las que, por servicios distinguidos a la Nación peruana, a propuesta del Poder Ejecutivo, el Congreso de la República les confiere este honor mediante Resolución Legislativa».

El artículo 6 de la ley 26574 establece la formalidad para la naturalización:

«Ley 26574, artículo 6.- La naturalización es aprobada o cancelada, según corresponda, mediante Resolución Suprema».

También la ley 26574 establece quiénes pueden ejercitar el derecho de opción para ser peruanos:

«Ley 26574, artículo 4.- Pueden ejercer el derecho de opción para adquirir la nacionalidad peruana:

1. Las personas nacidas fuera del territorio de la República, hijos de padres extranjeros, que residen en el Perú desde los cinco años y que al momento de alcanzar la mayoría de edad, según las leyes peruanas, manifiestan su voluntad de serlo ante la autoridad competente.

2. La persona extranjera unida en matrimonio con peruano o peruana y residente, en esta condición, en el territorio de la República por lo menos dos años, que expresa su voluntad de serlo ante la autoridad competente.

El cónyuge naturalizado por matrimonio no pierde la nacionalidad peruana en caso de divorcio o fallecimiento del cónyuge.

3. Las personas nacidas en el territorio extranjero, hijos de padre o madre peruanos, que a partir de su mayoría de edad, manifiestan su voluntad de serlo ante la autoridad competente».

La naturalización es una gracia del Estado al que se ha solicitado la nacionalidad: puede concederla o no, pues ningún Estado se halla obligado a dar su nacionalidad a quien no la tiene por nacimiento.

La opción es un derecho que el Estado reconoce a ciertas personas, cercanamente vinculadas a la sociedad peruana, de pedir y por ese sólo hecho (más el cumplimiento de los requisitos establecidos) obtener la condición de peruanos. La opción no es una gracia que pueda concederse o no; es un derecho que debidamente pedido, debe ser reconocido.

El artículo 5 de la Ley 26574 establece:

«Ley 26574, artículo 5.- La naturalización o la opción confieren los derechos e imponen las obligaciones inherentes a la nacionalidad por nacimiento con las limitaciones y reservas que establecen la Constitución y las leyes sobre la materia».

Este artículo debe entenderse en el sentido de que el peruano por naturalización u opción adquiere todos los derechos y obligaciones de la nacionalidad que corresponde a los peruanos por nacimiento *salvo las ex-*

cepciones que se hagan en la Constitución o en la ley. De otro modo, daría la impresión que si no hay limitaciones y reservas expresas, peruanos por nacimiento, naturalización u opción son indistintos.

Esto no es así. Tanto las leyes como la Constitución establecen que ciertas situaciones o relaciones jurídicas sólo pueden ser obtenidas en el Perú por peruanos de nacimiento. En el caso de la Constitución las normas que requieren esta condición son las siguientes:

- Para ser elegido congresista (artículo 90).
- Para ser elegido Presidente o Vicepresidente de la República (artículos 110 y 111).
- Para ser Ministro de Estado (artículo 124).
- Para ser Magistrado de la Corte Suprema de la República (artículo 147 inciso 1).
- Para ser miembro del Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 156).
- Para ser Fiscal Supremo (artículo 158, por extensión de los requisitos de los magistrados de la Corte Suprema).

La Ley 26574 ha sido reglamentada mediante Decreto Supremo 004-97-IN del 23 de mayo de 1997.

95. Artículo 53

> ***«Artículo 53.- La ley regula las formas en que se adquiere o recupera la nacionalidad.***
>
> ***La nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana.»***

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La pérdida del derecho de nacionalidad (no siempre se estableció una clara diferencia en las Constituciones anteriores entre ciudadanía y nacionalidad) tiene antecedentes en las siguientes normas que se explican por sí solas:

«Constitución de 1823, artículo 25.-Se pierde el derecho de ciudadanía únicamente:

1.- Por naturalizarse en tierra de gobierno extranjero.
2.- Por imposición de pena aflictiva ó infamante, si no se alcanza rehabilitacíon: la que no tendrá lugar en los traidores á patria, sin pruebas muy circunstanciadas a juicio del Congreso».

«Constitución de 1826, artículo 19.- El derecho de ciudadanía se pierde:

1.- Por traición a la causa pública.
2.- Por naturalizarse en país extranjero.
3.- Por haber sufrido pena infamatoria ó aflictiva, en virtud de condenación judicial».

«Constitución de 1920, artículo 64.- El derecho de ciudadanía se pierde por naturalizarse en otro país, pudiendo recobrarse por reinscripción en el registro cívico, siempre que se esté domiciliado en la República».

«Constitución de 1933, artículo 7.- La nacionalidad peruana se pierde:

1.- Por entrar al servicio de las armas de una potencia extranjera, sin permiso del Congreso, o por aceptar empleo de otro Estado, que lleve anexo el ejercicio de autoridad o jurisdicción; y
2.- Por adquirir nacionalidad extranjera. Exceptúase el caso de reciprocidad previsto en el segundo párrafo del articulo 5".

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979, antecedentes del que ahora comentamos, son los siguientes:

"Artículo 94.- La nacionalidad peruana se recupera cuando el que ha renunciado a ella se domicilia en el territorio de la República, declara su voluntad de reasumirla y renuncia a la anterior".

Este artículo toca el tema de la pérdida de nacionalidad peruana de manera indirecta porque indica que, para recuperarla, tiene que haberse renunciado a ella. En realidad, la Constitución de 1993 tiene una más clara regulación que la de 1979 sobre la pérdida de nacionalidad, en la medida que establece que no se pierde de otra manera que por renuncia expresa ante autoridad peruana.

El primer párrafo de este artículo 53 de la Constitución de 1993, que refiere la regulación de la adquisición o recuperación de la nacionalidad a la ley, corresponde al hecho de que los detalles de la nacionalidad no han sido trabajados dentro del texto de la Carta. Por ello, esta norma no tiene antecedente en la Constitución de 1979, que sí legisló en forma detallada sobre la materia.

Análisis exegético

En nuestro criterio, el primer párrafo del artículo 53 debería ser el último del artículo 52 porque, en buena cuenta, es éste el que establece las diversas formas de adquirir la nacionalidad. Es un defecto técnico, aunque menor. En realidad, su contenido ya ha sido cubierto al comentar dicho artículo 52.

En cuanto a la pérdida de la nacionalidad, tenemos en la Constitución dos normas importantes:

- Una dada en este artículo, que consiste en que no se la pierde salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana.

- La otra, contenida en el inciso 21 del artículo 2 de la Constitución que prohibe despojar de la nacionalidad.

Evidentemente, estas normas deben ser concordadas para una cabal comprensión del sustrato normativo constitucional de la materia.

La ley 26574 ha establecido también disposiciones respecto de este asunto:

«Ley, 26574, artículo 7.- La nacionalidad peruana se pierde por renuncia expresa ante la autoridad competente».

El artículo repite el mandato del segundo párrafo del artículo 53 de la Constitución, solamente cambiando la referencia constitucional de la *autoridad peruana*, por la de *autoridad competente*, lo que inclusive es más adecuado.

No obstante la claridad de estas disposiciones, en el Reglamento de la Ley de Nacionalidad aprobado por Decreto Supremo 004-97-IN del 23 de mayo de 1997, el artículo 27 establece lo siguiente:

"Decreto Supremo 004-97-IN, artículo 27.- La nacionalidad peruana adquirida con arreglo al presente Reglamento se pierde por renuncia expresa ante la Dirección General de Migraciones y/o las Oficinas Consulares del Perú en el extranjero y por incurrir con (SIC) las causales a que se refiere el Art. 12 del presente Reglamento".

Dicho artículo 12 dice lo siguiente:

"Decreto Supremo 004-97-IN, artículo 12.- La naturalización será cancelada por las causales siguientes:

a. Por delitos contra el Estado y la Defensa Nacional.
b. Por delitos contra la Seguridad Pública, en la modalidad de tráfico ilícito de drogas.
c. Por delitos de terrorismo y traición a la Patria, previstos en los Decretos Leyes N. 25475, 25659 y sus modificatorias.
d. Por cometer actos que pudieran afectar la Seguridad Nacional y el interés del Estado, previo informe de los organismos competentes.
e. Por haber obtenido indebidamente la naturalización, transgrediendo normas establecidas como requisitos para concederla.
f. Por afectar las relaciones internacionales del Perú con otros Esta-

dos u Organismos Internacionales.

g. Por razones que afecten el interés público y el interés nacional".

No hacen falta casi conocimientos de interpretación jurídica para comprender que la parte final del artículo 27 y las causales del artículo 12 que acabamos de citar son abiertamente inconstitucionales e ilegales. La nacionalidad no puede ser retirada sino por renuncia expresa. El texto de la parte final del artículo 53 de la Constitución es meridianamente claro y también lo es la Ley de Nacionalidad antes citada(59).

En referencia a la recuperación de la nacionalidad peruana, las normas de la Ley de Nacionalización son las siguientes:

«Ley, 26574, artículo 8.- Los peruanos por nacimiento que han renunciado expresamente a la nacionalidad peruana tienen el derecho de recuperarla, si cumplen con los siguientes requisitos:

1. Establecer su domicilio en el territorio de la República, por lo menos un año ininterrumpido.

2. Declarar expresamente su voluntad de recuperar la nacionalidad peruana.

3. Ejercer regularmente profesión, arte, oficio o actividad empresarial; o acreditar la próxima realización de estas actividades.

4. Tener buena conducta y solvencia moral.

La autoridad competente evalúa, a solicitud expresa del interesado, el cumplimiento de los requisitos señalados en los numerales 1 y 3, a fin de facilitar el ejercicio de este derecho».

Esta norma establece un *derecho*, esto es, que cumpliendo los requisitos establecidos no puede denegarse la recuperación de la nacionalidad. No queda a discreción del Estado devolverla: tiene que hacerlo.

---

(59) Ver la nota sobre la privación de la nacionalidad al Sr. Baruch Ivcher en nuestro comentario del artículo 2 inciso 21 de la Constitución.

Sólo se aplica a quienes hayan sido previamente peruanos por nacimiento. No es aplicable, por tanto, ni a los peruanos por naturalización ni a los peruanos por opción quienes, si ya renunciaron y quieren volver a tener la nacionalidad peruana, tienen que volver a hacer el trámite de naturalización u opción, según el caso.

«Ley, 26574, artículo 9.- Los peruanos de nacimiento que adoptan la nacionalidad de otro país, no pierden su nacionalidad, salvo que hagan renuncia expresa de ella ante autoridad competente».

Este artículo es concordante con el principio de la renuncia expresa a la nacionalidad peruana. Por consiguiente, el peruano por nacimiento que puede tener la nacionalidad de otro Estado, es libre de adoptarla, de utilizar sus derechos y documentos, sin que ello signifique en caso alguno, razón de pérdida de la condición de peruano, o indicio que permita retirarle la nacionalidad.

Contrasta con el principio, también reconocido internacionalmente, de que la adquisición de la nacionalidad de otro Estado es renuncia tácita a la que se tenía previamente. El Perú ha decidido por norma expresa desechar esta regla.

Debido a la cercanía histórica y cultural que existe con otros Estados (particularmente con España y los demás de América Latina), existe la tradición de permitir que los peruanos adopten la nacionalidad de uno de ellos sin perder la peruana, y que los nacionales de dichos Estados adopten la peruana sin perder la previa que tenían. Inclusive existen varios tratados bilaterales que regulan estas situaciones. Sobre ello dice la Ley 26574:

«Ley, 26574, artículo 10.- Las personas que gozan de doble nacionalidad ejercitan los derechos y obligaciones de la nacionalidad del país donde domicilian».

«Ley, 26574, artículo 11.- La doble nacionalidad no confiere a los extranjeros que se naturalicen, los derechos privativos de los peruanos por nacimiento.

Los peruanos por nacimiento que gozan de doble nacionalidad, no pierden los derechos privativos que les concede la Constitución».

Consideramos que reglas tenían mayor importancia cuando el Perú no había aún establecido que la pérdida de la nacionalidad peruana sólo ocurría por renuncia expresa, ya que podía entenderse que al adquirir la segunda nacionalidad se había renunciado tácitamente a la nuestra. Ahora, son solo una especificación del derecho a ejercer otra nacionalidad junto a la peruana.

Y sobre el artículo 10 de la ley, habría que aclarar su significado en relación a lo siguiente: si un peruano obtiene la nacionalidad española y la ejerce en España: ¿está impedido de votar en las elecciones peruanas como residente en el extranjero?

Una lectura a primera vista parecería indicar que sí. Sin embargo, la ciudadanía es un derecho constitucionalmente establecido y la nacionalidad no se pierde. Por consiguiente, si bien el peruano nacionalizado español ejerce la nacionalidad española en su vida cotidiana, nadie puede constitucionalmente impedirle que vote en las elecciones peruanas como ciudadano residente en el exterior. Esta sería una medida incompatible con la Constitución. Ha habido poco cuidado al redactar el artículo 10 de la Ley 26574, pues no se ha tomado en cuenta la observación que hacemos, y que es evidente por sí misma.

Finalmente, hay que recordar que existe la ley 26174 del 22 de Marzo de 1993, dictada durante la existencia del Congreso Constituyente y antes que se diera la Constitución que ahora comentamos, por la cual se estableció el programa de migración-inversión, destinado a facilitar la naturalización de ciudadanos extranjeros que deseen aportar capital e invertir en el Perú. Si bien los procedimientos de naturalización tendrán que hacerse compatibles con la ley 26574, esta norma no ha sido derogada y, por tanto, tiene plena vigencia como una forma especial de naturalización.

96. Artículo 54

> ***«Artículo 54.- El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre.***

El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley.

En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.

El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

En relación a normas sobre territorio, los antecedentes de las Constituciones que trabajamos en esta parte son los siguientes:

«Constitución de 1823, artículo 6.- El Congreso fijará los límites de la República, de inteligencia con los Estados limítrofes, verificada la total independencia del Alto y Bajo Perú».

«Constitución de 1826, artículo 5.- Por una ley se hará la división más conveniente: y otra fijará sus límites de acuerdo con los estados limítrofes».

«Constitución de 1933, artículo 3.- El territorio del Estado es inalienable».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que constituyen antecedentes del que ahora comentamos son los siguientes:

"Artículo 97.- El territorio de la República es inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre".

"Artículo 98.- El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley. En su dominio marítimo, el Perú ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y los convenios internacionales ratificados por la República".

"Artículo 99.- El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, de conformidad con la ley y con los convenios internacionales ratificados por la República".

Ambas Constituciones establecen que el territorio de la República es inviolable. La Constitución de 1993 añade que es también inalienable. Desde una cierta perspectiva jurídica cabría hacer la aclaración porque la inviolabilidad, en una versión demasiado literal, podría excluirla. Sin embargo, desde la perspectiva de la teoría constitucional y en el plano no patrimonialista sino de dominio eminente que corresponde a la relación entre el Estado y su territorio, inviolabilidad supone inalienabilidad en nuestro criterio. De todas formas, la inclusión de la inalienabilidad por la Constitución de 1993 puede ser innecesaria pero no incorrecta.

Los ámbitos geográficos que comprende el territorio son idénticamente enumerados por las dos Constituciones. Dicha enumeración corresponde, por lo demás, a la tradición de la posición peruana sobre el tema.

El tratamiento del dominio marítimo y del espacio aéreo desde el punto de vista del territorio, es igual en ambas Constituciones. Solamente, la Constitución de 1993 ha añadido a propósito de este último, que se ejerce también *sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional*. La expresión no figuraba en el texto que en la Constitución de 1979 se refería al dominio aéreo del Perú, pero sí se hallaba perfectamente inscrito en el espíritu de las normas contenidas en los artículos 98

y 99 de dicha Carta. La aclaración, sin embargo, es pertinente y no modifica el tratamiento constitucional que el Perú venía dando a la materia. Como se sabe, las Constituciones no se interpretan literalmente sino institucionalmente y, en este último contexto, el respeto de la libertad de comunicación internacional en el espacio aéreo, fue reconocido formalmente, y cumplido, por el Estado peruano desde siempre y, también, bajo la Constitución de 1979.

Análisis exegético

El territorio es uno de los elementos constitutivos del Estado contemporáneo y constituye el espacio de la Tierra en el que ejerce su soberanía. Dentro de él rigen sus leyes y tienen derecho a vivir sus nacionales. En él se ejecutan sus políticas. La cultura de un pueblo está también relacionada a su entorno físico: aprende a consumir determinados bienes y elabora sus productos a partir de los recursos con que cuenta. Elabora su arte con los motivos que le muestra la naturaleza. Crea diversiones con el frío o con el trópico. Si bien el territorio no determina a la sociedad, sí es uno de los elementos condicionantes de su desarrollo.

Desde el punto de vista jurídico-político es tal la importancia del territorio que si una nación tiene una autoridad, pero no tiene territorio, se dice que no es Estado.

El territorio tiene como base de identificación una demarcación en la corteza de la superficie terrestre. Los linderos de un Estado llegan inclusive a marcarse físicamente con hitos y otros elementos físicos de trazado sobre el piso. A partir de allí, se extiende hacia el espacio aéreo y hacia el centro de la tierra, hasta donde son utilizables para el ser humano. Por eso para los vuelos de las aeronaves tiene que pedirse permiso al Estado territorial, el que puede establecer regulaciones para su uso. Por la misma razón, son del Estado las riquezas del subsuelo, particularmente los yacimientos minerales de diverso tipo. En realidad, el territorio es una figura de tres dimensiones con los bordes recortados por las fronteras en la superficie terrestre, y proyectados hacia arriba y hacia abajo en forma perpendicular al plano de la Tierra (que, como sabemos, no es exactamente *plana* sino curvada).

Desde luego, cuando un Estado tiene costa, su territorio abarca par-

te del mar y, por ende, del espacio aéreo, del lecho (superficie de la tierra que sostiene al agua) y del subsuelo marino (parte de la tierra que está bajo el lecho del mar). Todo esto tiene medidas y características que revisaremos luego.

Por ello la Constitución dice que el territorio comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre.

El territorio del Estado es caracterizado como inalienable e inviolable. La inalienabilidad tiene que ver con la prohibición de entregar territorio que es peruano a otros Estados. La inviolabilidad tiene que ver con la imposibilidad de que potencias extranjeras de alguna manera tomen posesión o pretendan establecer su soberanía sobre nuestro territorio. De esta manera, el territorio debe permanecer inalterado en sus dimensiones y libre de ejercicio de poderes extranjeros.

Sobre estos temas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos dice lo siguiente:

"Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículo 17.- El territorio de un Estado es inviolable, no puede ser objeto de ocupación militar ni de otras medidas de fuerza tomadas por otro Estado, directa o indirectamente, cualquiera que fuere el motivo, aún de manera temporal".

Todo esto es tema muy vinculado a la Defensa Nacional, a la que la Constitución le dedica un apartado especial a partir del artículo 163. Allí desarrollaremos lo que a ella concierne.

Los párrafos segundo y tercero del artículo 54, establecen las reglas sobre el dominio marítimo del Estado peruano. Las reglas básicas son:

- Se trata de un espacio de *dominio marítimo* en el que se ejerce soberanía y jurisdicción.
- Sin embargo, en este dominio marítimo se respetan las libertades de comunicación internacional, de acuerdo a la ley y a los tratados.
- El dominio marítimo tiene doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley y que están vinculadas a

las líneas del agua en la playa, según las mareas.

- el dominio marítimo comprende el mar adyacente a las costas, el lecho y el subsuelo. (Como veremos luego, también comprende el espacio aéreo sobre tierra y mar).

El Perú tuvo un papel pionero en la determinación de la soberanía y jurisdicción sobre las doscientas millas de mar a partir de 1947. Hasta ese entonces lo que se había reconocido era la existencia de un mar territorial de entre tres y doce millas, que era una especie de proyección del territorio terrestre del Estado. La razón de establecer el mar territorial había sido la protección de la costa contra las armadas enemigas y la distancia de la costa hasta la que se le medía estuvo durante mucho tiempo determinada por el alcance de los cañones.

Sin desdeñar la existencia de un mar territorial de esas dimensiones, el Perú propuso ampliar su soberanía y jurisdicción al mar adyacente hasta las doscientas millas, con la finalidad de proteger las riquezas naturales existentes. Diego García-Sayán dice al respecto:

«El punto de partida del tema era y es, por cierto, el Decreto 781 de 1947 que estableció que:

«La soberanía y jurisdicción nacionales se ejercen también sobre el mar adyacente ... para preservar, proteger, conservar y utilizar los recursos y riquezas naturales de toda clase que en o debajo de dicho mar se encuentren» (artículo 2).

El límite de 200 millas se fijó como consecuencia de que:

«[...] el Estado se reserva el derecho de establecer la demarcación de las zonas de control y protección de las riquezas nacionales en los mares continentales e insulares que quedan bajo control del Perú» (artículo 3).

La letra y espíritu del Decreto eran claros en que su propósito era la protección de los recursos naturales. Por lo demás esa fue siempre la tesis de quien formuló el Decreto, Enrique García Sayán, y —al menos hasta 1955— la del ex-Presidente José Luis Bustamante y Rivero. No se creó, pues, un «mar territorial» de 200 millas sino que se innovó jurídica

y conceptualmente sentando las bases de lo que sería la «Zona Económica Exclusiva» tal cual se encuentra formulada en la Convención» (60).

García-Sayán polemiza aquí con quienes sostienen que la posición peruana original fue la de establecer un mar territorial de doscientas millas, posición defendida en el Perú hace unos años por un grupo de juristas distinguidos que, entre otras cosas, condujo a que el Perú no firmara el año 1982 la Convención del Derecho del Mar que fue producida por la III Conferencia de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

Comentando el desarrollo del tema en la Constitución de 1979, que para efectos del dominio marítimo y del mar territorial es equivalente al texto de 1993, dice el mismo García-Sayán:

> Así, lo que la Asamblea Constituyente aprobó fue una redacción que sustituía expresamente la de mar territorial que se consideró inconveniente. Se introdujo el concepto más flexible de «dominio marítimo» dentro del cual el ejercicio de la soberanía y la jurisdicción se regulan tanto por la ley interna como por los tratados internacionales. Determinante redacción, además, pues los vocablos «soberanía y jurisdicción» coinciden tanto con lo expresado en el Decreto de 1947 como en los atributos de la Zona Económica Exclusiva. Además, dicha soberanía y jurisdicción, de acuerdo al mismo artículo 98, se ejerce «sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional», concepto bastante más amplio que el de «paso inocente» aplicado al mar territorial (61).

Arias Schreiber es de la misma opinión al decir:

> Baste recordar que la Asamblea Constituyente de la Carta Política de 1979, cuyos artículos al respecto fueron recogidos en la Constitución de 1993, suprimió la referencia al mar territorial, ini-

(60) 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. 203.

(61) 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. 204.

cialmente propuesta en el anteproyecto, y la sustituyó por la de «dominio marítimo»; no incluyó el régimen de paso inocente, que tipifica a la institución del mar territorial, sino el de «las libertades de comunicación internacional», que rigen en la zona económica exclusiva, y agregó que en aquel dominio el Perú ejerce soberanía y jurisdicción de acuerdo con la ley «y con los tratados internaciones ratificados por la República (62).

Tratan ambos autores de los conceptos de mar territorial, zona económica exclusiva, paso inocente y libertad de comunicaciones internacionales. Requieren aclaración.

Sobre mar territorial ya hemos dicho que se trata de una franja de entre tres y doce millas que es prolongación del territorio del Estado. En él rigen plenamente sus leyes y se ejerce la soberanía en el pleno sentido de la palabra, como en la parte continental del territorio. Las naves están sujetas dentro del mar territorial al *paso inocente*, esto es, sometidas a supervigilancia de las autoridades del Estado y en forma tal que las naves de guerra no adopten en forma alguna actitud hostil o autónoma, de manera que pueda sugerir una agresión o la posibilidad de ella.

La Convención sobre el Derecho del Mar, aprobada el 30 de abril de 1982 en el undécimo período de sesiones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, dice lo siguiente sobre el mar territorial:

"Convención sobre el Derecho del Mar, artículo 2.-

1. La soberanía del Estado ribereño se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial.
2. Esta soberanía se extiende al espacio aéreo sobre el mar territorial, así como al lecho y al subsuelo de ese mar.

---

(62) ARIAS SCHREIBER, Alfonso. *Retos del Derecho del Mar.* VARIOS AUTORES. Hacia una agenda nacional de política exterior. Lima, Centro Peruano de Estudios Internacionales, CEPEI, 1995, p. 70.

3. La soberanía sobre el mar territorial se ejerce con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional".

"Convención sobre el Derecho del Mar, artículo 3.- Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención".

Según el artículo 17 de la Convención, los buques de todos los Estados tienen derecho de paso inocente a través del mar territorial.

El artículo 19 de la Convención sobre el Derecho del Mar, establece las reglas de significado del paso inocente:

"Artículo 19.-

1. El paso es inocente mientras no sea perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño. Ese paso se efectuará con arreglo a esta Convención y otras normas de derecho internacional.
2. Se considerará que el paso de un buque extranjero es perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño si ese buque realiza, en el mar territorial, alguna de las actividades que se indican a continuación:

a) Cualquier amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política del Estado ribereño o que de cualquier otra forma viole los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas;
b) Cualquier ejercicio o práctica con armas de cualquier clase;
c) Cualquier acto destinado a obtener información en perjuicio de la defensa o la seguridad del Estado ribereño;
d) Cualquier acto de propaganda destinado a atentar contra la defensa o la seguridad del Estado ribereño;
e) El lanzamiento, recepción o embarque de aeronaves;
f) El lanzamiento, recepción o embarque de dispositivos militares;
g) El embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona, en contra de las leyes y reglamentos aduaneros, fis-

cales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño;

h) Cualquier acto de contaminación intencional y grave contrario a esta Convención;

i) Cualesquiera actividades de pesca;

j) La realización de actividades de investigación o levantamientos hidrográficos;

k) Cualquier acto dirigido a perturbar los sistemas de comunicaciones o cualesquiera otros servicios o instalaciones del Estado ribereño;

l) Cualesquiera otras actividades que no estén directamente relacionadas con el paso".

Por otro lado, la zona económica exclusiva es una franja de mar lecho y subsuelo, en la cual el Estado Costero ejerce *soberanía y jurisdicción*, expresión que quiere decir que no ejerce su plena soberanía como en tierra y en el mar territorial, sino un conjunto de derechos que están vinculados centralmente con el control, la preservación y la utilización de las riquezas naturales existentes en ese espacio y que son determinados por los tratados internacionales y las leyes internas. Dentro de la zona económica exclusiva existe libertad de comunicaciones internacionales, lo que quiere decir que tanto las naves como los sistemas de comunicación, pueden circular libremente para cumplir su cometido: el Estado costero no puede impedirlos ni tiene jurisdicción sobre ellos.

Puede así verse que, desde el punto de vista jurídico, el mar territorial es un espacio de plena soberanía del Estado costero en tanto que la Zona económica exclusiva recibe soberanía y jurisdicción sólo en lo que se refiere al control y explotación de los recursos naturales. El mar territorial es esencialmente político; la zona económica exclusiva, como su nombre lo indica, es preponderantemente económica y productiva.

Desde el punto de vista de su extensión a partir de la costa, el mar territorial comienza en la línea de playa y se extiende mar afuera hasta las doce millas de la línea de marea. A partir de esta línea y hasta la milla doscientos, se extiende la zona económica exclusiva que, así, tendrá una anchura de ciento ochentiocho millas. (Desde luego, si el mar territorial es considerado sólo de tres millas, la zona económica exclusiva tendrá ciento noventisiete millas, adyacentes al mar territorial).

La Convención sobre el Derecho del Mar llama a esta parte *Zona Económica Exclusiva* y la caracteriza así:

"Convención sobre el Derecho del Mar, artículo 55.- La zona económica exclusiva es un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste, sujeta al régimen jurídico específico establecido en esta parte de acuerdo con el cual los derechos y la jurisdicción del Estado ribereño y los derechos y libertades de los demás Estados se rigen por las disposiciones pertinentes a esta Convención".

"Convención sobre el Derecho del Mar, artículo 56.-

1. En la zona económica exclusiva, el Estado ribereño tiene:

a) Derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, del lecho y el subsuelo del mar y de las aguas suprayacentes, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos;

b) Jurisdicción, con arreglo a las disposiciones pertinentes de esta Convención, con respecto a:

   i) El establecimiento y la utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras;
   ii) La investigación científica marina;
   iii) La protección y preservación del medio marino;

c) Otros derechos y deberes previstos en esta Convención.

2. En el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes en la zona económica exclusiva en virtud de esta Convención, el Estado ribereño tendrá debidamente en cuenta los derechos y deberes de los demás Estados y actuará de manera compatible con las disposiciones de esta Convención.
3. Los derechos enunciados en este artículo con respecto al lecho del mar y su subsuelo se ejercerán de conformidad con la Parte VI".

"Artículo 57.- La zona económica exclusiva no se extenderá más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial".

La zona económica exclusiva también se ha denominado de muchas otras maneras, destacando las de *mar adyacente* y de *dominio marítimo*. La soberanía y jurisdicción que se ejercen en ella, algunas veces ha recibido el nombre de *soberanía restringida* porque sólo se refiere a los aspectos económicos y productivos de la riqueza natural existente.

La Convención sobre Derecho del Mar establece multitud de otras normas que no pueden ser referidas aquí por la extensión que tomarían y porque son detalles que ya no competen directamente a este comentario. Entre ellas, vale la pena revisar la de *zona contigua* establecida en el artículo 33.

El tercer párrafo del artículo 54 señala que en su dominio marítimo el estado ejerce soberanía y jurisdicción sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional que ya hemos comentado, y de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.

Se pone la Constitución aquí, en la hipótesis de que el Perú regule sus derechos en las doscientas millas según tratados internacionales y esta referencia sólo puede ser hecha a la Convención del Derecho del Mar de 1982 que el Perú contribuyó a elaborar pero que finalmente no firmó por la discusión interna se que presentó a propósito de si la tesis peruana era de *dominio marítimo* o de *mar territorial* como hemos ya reseñado.

Arias Schreiber, especialista en el tema, considera importante firmar la Convención del Derecho del Mar de 1982. Dice:

> "[...] no hay obstáculo alguno para que nuestro país adhiera a la Convención sobre el derecho del Mar y acompañe al hacerlo una declaración formal en el sentido de que mantendrá sin cambios tanto el artículo pertinente de su Constitución cuanto las leyes y regla-

mentos sobre la materia, y los aplicará de manera compatible con las disposiciones establecidas en el Tratado" (63).

La impresión generalizada que existe en medios diplomáticos y políticos es que cuanto más tarde firme Perú dicha Convención, menos beneficios obtendrá y permanecerá más tiempo marginado del concierto internacional que se está formando en torno a ella. Inclusive, es tanto más importante, cuanto que ya se están produciendo ataques contra sus normas por parte de las grandes potencias que pescan en los mares del mundo:

> Ante la gravedad de los problemas resultantes de la pesca intensiva junto a la zonas de jurisdicción nacional de varios Estados, las Naciones Unidas convocaron a una Conferencia sobre las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorias, que ya ha celebrado cuatro sesiones, durante las cuales se ha producido una abierta confrontación de posiciones entre los Estados pesqueros y los costeros. Los primeros rehusan que se apliquen en alta mar medidas semejantes a las adoptadas por los segundos en sus zonas de jurisdicción nacional; y pretenden que se establezcan normas voluntarias para toda el área de distribución de las poblaciones de peces, prescindiéndose de los derechos de soberanía reconocidos por la Convención de 1982 dentro del límite de las 200 millas (64).

Consideramos que los peligros que aquí se muestran son ciertos e inminentes y que ningún beneficio obtiene el Perú de estar fuera de la Convención sobre el Derecho del Mar. Coincidimos con los autores citados en creer positivo que el Perú se una a ella y se mantenga dentro de la corriente de institucionalización de las doscientas millas en el mundo.

---

(63) ARIAS SCHREIBER, Alfonso. *Retos del Derecho del Mar.* VARIOS AUTORES. Hacia una agenda nacional de política exterior. Lima, Centro Peruano de Estudios Internacionales, CEPEI, 1995, p. 71

(64) ARIAS SCHREIBER, Alfonso. *Retos del Derecho del Mar.* VARIOS AUTORES. *Hacia una agenda nacional de política exterior.* Lima, Centro Peruano de Estudios Internacionales, CEPEI, 1995, p. 72.

Finalmente, la Constitución establece que se ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre el territorio y el mar adyacente hasta las doscientas millas. Esto se hace con respeto de las libertades de comunicación y de conformidad con leyes y tratados. La norma no hace sino comprender en esta disposición al espacio aéreo que cubre la superficie del territorio y de la zona económica exclusiva, para darles el tratamiento correspondiente a cada espacio.

Se ha dicho que al extender el espacio aéreo hasta las doscientas millas, se está considerando un espacio aéreo territorial sobre dichas doscientas millas, lo que haría pensar en que dicha extensión marítima es territorial. Esto no es sino una nueva argumentación dentro de la discusión entre mar territorial y zona económica exclusiva.

Sin embargo, consideramos que esta opinión es equivocada porque en una recta comprensión de las cosas, el Estado peruano no podrá reclamar mayor derecho por el espacio aéreo de la zona económica exclusiva, que el que reclama en las aguas, lecho y subsuelo. Esto es completamente razonable y la forma sistemática de interpretar las diversas disposiciones que, por lo demás están en la misma parte de la Constitución y, en la de 1993, en el mismo artículo. No nos queda duda que el espacio aéreo seguirá la suerte y las condiciones de ejercicio de poder que corresponden a la tierra o a la parte jurídica de mar que tiene debajo.

TITULO II

CAPITULO II

TRATADOS

97. TITULO II, CAPITULO II: TRATADOS

Los tratados son acuerdos internacionales que toma el Estado con los otros Estados pares o con los organismos internacionales. Como palabra formalmente empeñada, son disposiciones obligatorias y por lo tanto deben ser cumplidas. Esto les da fuerza jurídica y plantea por consiguiente el problema de cómo se insertan dentro del sistema de Derecho.

Si los tratados eran antes fenómenos relativamente escasos en relación a la normatividad interna de cada Estado, y de importancia comparativamente menor con ella, en el mundo de gran interdependencia actual, los tratados han devenido en instrumentos jurídicos cuantitativa y cualitativamente trascendentales para la gran mayoría de países. Tal vez el caso más importante sea el de la Unión Europea y sus últimos desarrollos del siglo XX.

En el plano constitucional, por consiguiente, son necesarias las siguientes normas sobre los tratados:

- Cual es su inserción dentro del sistema jurídico, es decir, cómo llegan a formar parte de él y en qué rangos normativos.

- Qué órganos aprueban y perfeccionan los tratados que obligarán al Estado.

- Cómo será desligado el Estado de los tratados, es decir, cómo de-

jarán de tener validez. Es lo que se denomina la denuncia del tratado.

El nudo de todo este problema es, como aparece evidente, la instancia de aprobación pues el órgano del Estado que intervenga, dará rango a las normas contenidas en el tratado y generará los requisitos para la denuncia.

El capítulo que tratamos genera, así, tres rangos:

- El constitucional que se produce cuando el tratado afecta disposiciones constitucionales. En tal caso, para su aprobación debe utilizarse el procedimiento de reforma de la Constitución contenido en el artículo 206 (la norma se halla en el segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución).

- El rango de ley, que se produce en los casos en que los tratados deben ser aprobados por el Congreso en ejercicio de su potestad legislativa. La normatividad se halla contenida en el artículo 56 de la Constitución.

- El rango de norma administrativa, que es el caso de los tratados que puede aprobar por sí mismo el Presidente de la República dando cuenta al Congreso. La potestad del Presidente es ejecutiva y, por consiguiente, las normas de los tratados así aprobados pasan al rango correspondiente (artículo 57, primer párrafo de la Constitución. Sin embargo, la ley 26435 ha dicho que todos los tratados son impugnados mediante Acción de Inconstitucionalidad de las Leyes).

El último párrafo del artículo 57 establece que la denuncia requiere acuerdo de aquél órgano al que corresponde la aprobación, aunque la iniciativa para ella corresponde al Presidente de la República.

Hay que señalar que estos criterios provienen de la interpretación que hacemos del conjunto de las normas de este capítulo, aún cuando en los textos mismos los asuntos no quedan tan claros. En este sentido, consideramos que existe un defecto de técnica legislativa que debiera ser solucionado con una sistemática distinta a la elegida: la Constitución regula

el tema según sus consideraciones sobre quién y cómo debe aprobar los diversos posibles tratados. Nosotros opinamos que el constituyente debe, inicialmente, preguntarse cuál será el rango de cada tipo de tratado que el Estado firme para, luego, acomodar las atribuciones de cada órgano para cada caso. De esta manera se evitaría la falta de claridad sobre la manera cómo los tratados se insertan en el Derecho interno, asunto de trascendental importancia en la materia.

En relación a la Constitución de 1979, la de 1993 trae cuatro cambios muy importantes en los textos (no necesariamente en la significación normativa) que son:

- En la Constitución de 1979 el principio general consistía en que los tratados son aprobados por el Congreso. Excepcionalmente podía aprobarlos el Presidente de la República y sobre materias de su exclusiva competencia. En la Constitución de 1993 es a la inversa: la regla general es que los tratados los aprueba el Presidente de la República, salvo las materias específicamente establecidas en el artículo 56, que deben ser aprobadas por el Congreso. La atribución presidencial frente a la aprobación de tratados ha crecido significativamente de una Constitución a otra.

- La Constitución de 1979 establecía toda una gradación de validez de los tratados y, en todo caso, indicaba que en caso de conflicto entre tratado y ley prevalecía el tratado. La norma ha sido eliminada de la Constitución de 1993.

- El artículo 105 de la Constitución de 1979 establecía que "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución". Este texto ha desaparecido de la Constitución de 1979 aunque, como hemos sostenido, la interpretación sistemática correcta de la Constitución, consiste en que siguen teniendo dicho rango. Hemos fundamentado esta afirmación al analizar la parte introductoria de los derechos constitucionales.

Sobre este asunto ha dicho Novak:

"La eliminación del artículo 105 en nuestro nuevo texto constitucional no tiene ninguna justificación, constituyendo su derogación no sólo un retroceso a nivel jurídico sino también una verdadera torpeza política, si se considera la actual coyuntura, en la que nuestro país enfrenta una serie de cuestionamientos, fundados o no, en materia de respeto a los Derechos Humanos" (65).

- El artículo 106 de la Constitución de 1979 establecía: "*Los tratados de integración con Estados latinoamericanos prevalecen sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes*". Esta preferencia, que también estaba dada en otras normas a la integración latinoamericana, ha sido si no borrada, sí seriamente disminuida en la Constitución de 1993. La decisión corresponde, probablemente, a un intento de integración algo distinto o, tal vez, a falta de claridad respecto del tema: el Perú en los últimos años ha hecho esfuerzos significativos por buscar lazos económicos con los países asiáticos de la cuenca del Pacífico y probablemente, en una concepción muy simplista de las cosas, la mayoría del Congreso Constituyente haya pensado que un énfasis en la integración latinoamericana estorbaba esos otros esfuerzos. En nuestro criterio, el tema de la integración no es tanto de principios como de estrategias y de oportunidades. No hay que forzar ni negar ninguna de las posibilidades abiertas. Sin embargo, la integración con otros países de América Latina es una necesidad incontrovertible por la proximidad geográfica y la identidad de cultura. Por ello, consideramos un error haber disminuido la importancia de esta integración en la Constitución. Al propio tiempo, consideramos acertados, y en ningún casos excluyentes, los intentos de aproximación al grupo asiático de países del Pacífico. Tal vez una norma constitucional con énfasis en la integración latinoamericana pero, al mismo tiempo, dejando abierta la posibilidad a otras formas de integración, hubiera sido más sabia que las que finalmente quedaron en las dos últimas Constituciones peruanas.

---

(65) NOVAK TALAVERA, Fabián. *Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993*. En *Agenda Internacional*. Año I, N°. 2. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto de Estudios Internacionales, IDEI, julio-diciembre 1994, p. 91.

Ciurlizza hace la siguiente evaluación sobre los cambios entre la Constitución de 1979 y la de 1993 en materia de tratados:

> Las modificaciones producidas en la regulación constitucional de los tratados tienen, como la mayor parte de las reformas producidas, puntos positivos. Estos se refieren, principalmente, a asuntos de forma. Los retrocesos, lamentablemente, no son de forma sino de contenido.
>
> I. Modificaciones de forma que aclaran el texto constitucional.
>
> a) Uniformización del término «tratados», al eliminarse sinónimos (como «acuerdos» o «convenios») que se prestaban a confusión.
>
> b) Eliminación del adjetivo «internacionales», pues todo tratado es internacional de por sí.
>
> c) Ampliación del concepto «tratados» a los acuerdos realizados con otros sujetos del derecho internacional, que no sean los estados (como las organizaciones internacionales).
>
> d) Eliminación de la supremacía de cierto tipo de tratados de integración, situación que generaba confusión en su aplicación.
>
> e) Separación del capítulo correspondiente al tratamiento del asilo y la extradición, ubicándolos correctamente en el capítulo de derechos fundamentales.
>
> II. Modificaciones sustantivas.
>
> a) Mejor sistema de definición de las competencias del Congreso, al momento de aprobar los tratados. Esto se logra a través de una enumeración taxativa, quedando todos los temas restantes en manos de los llamados «convenios ejecutivos».
>
> b) Establecimiento explícito de un control sobre la constitucio-nalidad de los tratados, mediante la acción correspondiente ante el Tribunal Constitucional.

III. Modificaciones que implican retrocesos.

a) Extensión de las facultades presidenciales de aprobar y denunciar tratados, sin necesidad de aprobación previa del Congreso. Esto genera una limitación de las funciones fiscalizadoras del Congreso, lo que se ha demostrado recientemente con el tema de la deuda externa.

b) Eliminación de la supremacía del tratado sobre la ley.

c) Eliminación del rango constitucional otorgado a los preceptos contenidos en tratados sobre derechos humanos (66).

98. Artículo 55

«Artículo 55.- Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo de la Constitución de 1979 que antecede al artículo bajo comentario es el siguiente:

"*Artículo 101.- Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero*".

El artículo 55 de la Constitución de 1993 contiene íntegramente la primera parte del artículo 101 de la Constitución de 1979. Sin embargo, no establece expresamente que en caso de conflicto entre tratado y ley, prevalezca el tratado. La Constitución de 1979 sí lo establecía.

---

(66) CIURLIZZA, Javier. *La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 68.

Análisis exegético

98.1. El concepto de tratado

La Constitución se refiere a los tratados en el artículo 55 y, en verdad, ha uniformizado dicha palabra para todos los casos en los que se refiere a ellos. Con la Constitución de 1979 se había generado el problema de que los textos utilizaban diversos vocablos tales como tratados, convenios internacionales y acuerdos internacionales. Sobre ello había dicho García-Sayán:

> Como se ve, la Constitución utiliza indistintamente los términos «tratado» y «convenio». No podemos encontrar allí el criterio para establecer la frontera entre las atribuciones de uno y otro. Aún en el caso que no se hiciera ese uso indiferenciado de dichos términos, ello sería de todas formas irrelevante pues para la Convención de Viena los términos «tratado», «convenio», «acuerdo» y otros más, expresan el mismo concepto: un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional (67).

Novak es de la misma opinión que García-Sayán:

> Existe consenso entre los publicistas en entender por tratado el acuerdo de voluntades realizado entre sujetos de Derecho Internacional dirigido a producir efectos jurídicos y regulado por dicho ordenamiento; es decir, se entiende que el vocablo tratado abarca todo acuerdo de voluntades, complejo o simplificado, cualquiera sea su procedimiento de celebración, modalidad o nomenclatura.
>
> El término tratado comprende entonces otros vocablos como acuerdos, pactos, protocolos, actos y demás distinciones que realizaba la doctrina clásica en el derecho convencional (68).

---

(67) GARCIA-SAYAN, Diego. *Constitución peruana y política exterior.* En VARIOS AUTORES. *La Constitución diez años después.* Lima, Constitución y Sociedad y Fundación Friedrich Naumann, 1989, p. 207.

(68) NOVAK TALAVERA, Fabián. *Los Tratados y la Constitución Peruana*

Sin embargo Fernández Maldonado, comentando aún el texto de la Constitución de 1979, consideraba importante la distinción que se hacía en los Estados Unidos de Norteamérica entre instrumentos internacionales según la forma de aprobación por el Legislativo o el Ejecutivo. Decía:

> La justicia norteamericana no dudó en entender que las palabras convenio y pacto no podían interpretarse en el mismo sentido que la palabra tratado utilizada para designar a los acuerdos que precisaban la aprobación senatorial. En otras palabras, no todos los convenios contraídos por los Estados Unidos tienen que ser considerados como tratados en el sentido constitucional. Así, a lo largo de la historia norteamericana se ha reconocido que el Presidente ha tenido capacidad para acordar convenios que no tenían que ser sometidos al Senado. Hacia 1940, el Departamento de Estado norteamericano calculó que habían sido contraídos cerca de 1,200 acuerdos ejecutivos desde la adopción de la Constitución. Desde dicha fecha el número no ha hecho más que incrementarse, de modo que la forma simplificada, materializada en los convenios ejecutivos, se ha convertido, en una época caracterizada por la inestabilidad y dinamismo de las relaciones internacionales, en el instrumento principal de la iniciativa presidencial en materia de las relaciones exteriores.
>
> La idoneidad de la forma simplificada como medio de relación entre los estados propició que paulatinamente fuese adoptada por la práctica internacional de los países del orbe. En el Perú, pese a que la Constitución de 1933 no establece excepciones en torno a la necesaria aprobación previa de los tratados por el Congreso, la práctica de la vía simplificada se incorpora hacia el primer tercio del presente siglo (69).

---

de 1993. En *Agenda Internacional.* Año I, N° 2. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto de Estudios Internacionales, IDEI, julio-diciembre 1994, p. 72.

(69) FERNANDEZ MALDONADO CASTRO, Guillermo. *El control parlamentario sobre los tratados internacionales.* En VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 7.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 147.

Y añadía unas líneas después:

> De esta forma, para la sistemática constitucional peruana, la categoría de tratado y convenio no es equivalente, aunque para el derecho internacional la denominación sea irrelevante. Existe claridad que se trata de acuerdos internacionales que siguen procedimientos diversos, suponen un mayor o menor grado de participación de las cámaras y pueden suponer una diferente posición frente a la jerarquía normativa nacional (70).

Podemos apreciar que Fernández Maldonado reconoce que los términos tratado y convenio son sinónimos en el ámbito del Derecho Internacional pero que, en la Constitución de 1979 que era la que él comentaba en el trabajo que hemos citado, se producía una diferencia importante porque el texto llamaba tratado al aprobado por el Congreso y convenio al aprobado por el Poder Ejecutivo. Esto marcaba dos diferencias como él mismo dice:

- Una de procedimiento de perfeccionamiento del pacto internacional, lo que compete determinar a la legislación interna de cada Estado. No era poca cosa que la aprobación viniera del Congreso o del Ejecutivo.

- Como corolario de lo anterior emergía de inmediato el problema de jerarquía, desde que el Congreso aprueba normas con potestad legislativa en tanto que el Presidente de la República lo hace con potestad ejecutiva. Este es un aspecto que era aún más claro en la Constitución de 1979 que en la actual. Lo discutimos líneas abajo.

Sin embargo, y a pesar de que en el ámbito internacional efectivamente los términos son sinónimos, por las dos consecuencias internas que hemos reseñado, nos parece que sería muy importante hacer una diferenciación entre los pactos internacionales del país según la forma de

---

(70) FERNANDEZ MALDONADO CASTRO, Guillermo. *El control parlamentario sobre los tratados internacionales*. En VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 7*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 149.

aprobación. En este sentido, compartimos el criterio práctico establecido por Fernández Maldonado y creemos pertinente una diferenciación entre tratados (en el artículo 56) y convenios (en el artículo 57). Esta diferencia, por supuesto, requeriría de una modificación constitucional.

A propósito de las precisiones terminológicas, O'Donnell nos recuerda una, muy pertinente, entre tratado y declaración. Como él mismo dice, si bien era clara y distinta hace medio siglo, hoy por la práctica internacional en materia de derechos humanos tiende a tratar como sinónimos a ambos conceptos:

> Una de las máximas del Derecho Internacional clásico —que se aplica al Derecho Internacional de los Derechos Humanos con importantes reservas— es la distinción hermética entre los tratados como instrumentos obligatorios y las declaraciones como no obligatorias. En primer lugar, las grandes Declaraciones de 1948, aunque no fueron consideradas vinculantes en la época de su promulgación han adquirido ese carácter con el correr de los años, porque los Estados, como veremos más adelante, paulatinamente han pasado a atribuirles esa calidad. Podemos afirmar, incluso, que, en cierta forma, la jerarquía usual entre las declaraciones y los tratados se ha invertido en el caso de los grandes instrumentos de derechos humanos aplicables en nuestro hemisferio, pues las grandes Declaraciones de 1948, en vez de carecer de obligatoriedad, son de fundamental importancia al ser vinculantes para todo país del continente (71).

En definitiva, en lo que atañe a la parte conceptual del tema de tratados, diremos lo siguiente:

Entendemos por tratado, en los términos del artículo 55 (y también del 56 y del 57) de la Constitución, la definición planteada por Fabián Novak que hemos citado líneas arriba: "acuerdo de voluntades realizado entre sujetos de Derecho Internacional dirigido a producir efectos jurídicos y regulado por dicho ordenamiento; es decir, se entiende que el voca-

---

(71) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 16.

blo tratado abarca todo acuerdo de voluntades, complejo o simplificado, cualquiera sea su procedimiento de celebración, modalidad o nomenclatura".

· Consideramos que es muy importante, por razones de Derecho interno, diferenciar inclusive en el nombre, a los pactos internacionales que aprueba el Congreso, de los que aprueba el Ejecutivo. Esto tiene justificación en que se producen procedimientos distintos, que influyen en la jerarquía interna de cada instrumento, como veremos posteriormente.

· Reconocemos la afirmación clásica del Derecho Internacional en el sentido de que los tratados son obligatorios y las declaraciones no, pero al mismo tiempo debemos tomar en cuenta que las declaraciones sobre derechos humanos, han devenido en obligatorias en la práctica internacional del último medio siglo y que, en cierta medida y como dice O'Donnell, se ha producido una inversión según la cual la primacía normativa la tienen ahora, indudablemente, las grandes declaraciones de derechos establecidas internacionalmente, particularmente en América Latina.

98.2. La incorporación de los tratados al Derecho peruano

El artículo 55 señala que los tratados celebrados por el Estado y en vigor, forman parte del derecho nacional. Esta norma, completa, tiene que ver con la manera cómo se incorporan las normas de los tratados al Derecho interno peruano. Sobre ello existen, en el plano del Derecho Internacional, dos grandes concepciones: el dualismo y el monismo. Admiten posiciones intermedias.

98.2.1. Dualismo y monismo

Sobre el dualismo dice O'Donnell citando a Rousseau:

> Según Rousseau, la concepción dualista «considera el derecho internacional y el derecho interno como dos sistemas de derecho iguales, independientes y separados, que no se confunden jamás». Según esa teoría, agrega este autor, «no puede haber, en ninguno de los dos sistemas, una norma obligatoria que emana del otro [...] para ser válida en el derecho interno, una norma de dere-

cho internacional debe transformarse previamente en regla de derecho interno y no vale sino como tal». El constitucionalista brasileño A. Arinos de Mello Franco observa: «para los dualistas, el tratado internacional, aunque producto de la voluntad del Estado, no crea propiamente derecho interno (sino que) constituye una suerte de invitación a la creación de derecho interno, que sólo se realiza cuando el Estado legisla consecuentemente, aprobando al tratado, lo que constituye un acto específico y decisivo de su voluntad, distinto de aquél que lo llevó a celebrar el tratado en el plano internacional» (72).

Ciurlizza añade sobre el dualismo:

> La corriente dualista se origina en los estudios de Triepel, quien en 1899 sostuvo que derecho interno y derecho internacional tienen dos tipos de fuentes sustancialmente distintas y regulan dos clases de relaciones también diferentes. Por tanto, concluía Triepel, derecho internacional y derecho interno son órdenes separados e independientes. Nogueira señala que la tesis de Triepel hace que el derecho internacional conviva, actualmente, con tantos órdenes normativos como estados existentes. Nosotros sostendríamos que el dualismo triepeliano es absolutamente impracticable en las relaciones internacionales contemporáneas (73).

Por su parte, las teorías monistas sostienen:

Los monistas rechazan la separación radical entre el Derecho Internacional y el Derecho interno postulada por los dualistas, afirmando que ambos aspectos del derecho se entrelazan y forman dos componentes o aspectos de un ordenamiento jurídico único. Existen interpretaciones distintas sobre la naturaleza exacta de la relación entre el Derecho Internacional y el interno dentro de este marco único, pero la mayoría de los au-

---

(72) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 40.

(73) CIURLIZZA, Javier. *La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 70.

tores modernos reconocen alguna forma de prevalencia o superioridad del Derecho Internacional" (74).

Por su parte, Ciurlizza considera lo siguiente:

> Verdross afirmaba la existencia de un monismo radical y otro moderado. Mientras que el primero postula que el derecho internacional siempre es superior al derecho interno (y que, por tanto, toda norma estatal contraria el derecho internacional es nula) los monistas moderados señalan que la jerarquía del derecho internacional sólo puede ser calificada por el derecho interno de cada Estado. Ambas tendencias reafirman la incorporación del derecho internacional en el derecho interno, en lo que varían es en su ubicación y organización interna (75).

98.2.2. Las normas constitucionales sobre incorporación de tratados

Luego de revisar los comentarios hechos por estos autores sobre el dualismo y el monismo, consideramos que nuestra Constitución no tiene una posición única respecto de la relación entre los tratados y el Derecho interno: existe una posición en el artículo 55 de la Carta y otra, en el artículo 3 para el caso de los derechos humanos internacionalmente reconocidos en declaraciones y en tratados (de los que el Perú sea o no parte).

98.2.2.1. El artículo 55 de la Constitución

El artículo 55 de la Constitución requiere que, para que los tratados formen parte del derecho nacional, hayan sido celebrados por el Estado y estén en vigor.

La celebración por el Estado supone necesariamente una aprobación legislativa interna. De otro modo, no existirá manifestación de vo-

---

(74) O'DONNELL, Daniel. *Protección internacional de los derechos humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 41.

(75) CIURLIZZA, Javier. *La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 72.

luntad para suscribirlo. Existe en el Perú la ley 26647 del 26 de Junio de 1996, relativa al perfeccionamiento de los tratados del Perú, cuyo artículo 1 fija los alcances de sus normas:

«Ley 26647, artículo 1.- La presente Ley establece las normas y regula los actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado Peruano, comprendiendo: las normas de aprobación interna de los tratados, la publicación del texto íntegro de los mismos y la difusión de su entrada en vigencia e incorporación al derecho nacional».

Puede notarse, de la enumeración de elementos correspondientes al contenido de la ley, que se sigue un proceso sucesivo que va desde la aprobación interna de los tratados y su publicación, hasta su incorporación al Derecho nacional. Desde el primer momento se establece en el espíritu mismo de la norma que no hay una incorporación automática del Derecho Internacional al Derecho interno.

El sistema de aprobación de los tratados (que tiene que ver con lo que se establece luego en los artículos 56 y 57, es el siguiente:

«Ley 26647, artículo 2.- La aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el Artículo 56 de la Constitución Política corresponde al Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa; y su ratificación al Presidente de la República mediante Decreto Supremo.

Cuando los tratados no requieran la aprobación legislativa, el Presidente de la República los ratifica directamente, mediante Decreto Supremo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 57 de la Constitución.

En ambos casos, el Presidente de la República emite, además, el respectivo instrumento de ratificación».

Hay que notar que en el procedimiento de perfeccionamiento de los tratados, las normas que debe utilizarse son las resoluciones legislativas y los decretos supremos.

En el caso que la aprobación corresponda al Congreso de la República, tiene que ser una resolución legislativa. En el Perú se ha presentado a discusión en qué consiste tal resolución legislativa:

En este punto cabría recordar que la aprobación previa del Congreso tiene por objeto comprobar la compatibilidad y concordancia del tratado con los compromisos internacionales contraídos con anterioridad por el País y con la legislación interna del Estado. Asimismo, que dicha aprobación se da a través de Resoluciones Legislativas, las que se numeran correlativamente a las leyes.

Sobre la naturaleza jurídica de éstas existió gran polémica. Algunos, como Miguel de la Lama, pese a la indicada numeración correlativa, entendían que no eran leyes, sino actos administrativos del Congreso. Otros consideraban que si bien éstas no recibían la formalidad de la promulgación, característica de las leyes, ni estaban sujetas a los mismos procedimientos parlamentarios para su adopción, debía entenderse que la aprobación del Congreso era lo que brindaba legitimidad a los tratados para que pudieran imponerse a las leyes en caso de colisión normativa, debiendo entenderse en este sentido que tales resoluciones eran en realidad leyes.

En este punto, la actual Constitución descarta definitivamente la posibilidad de entender las Resoluciones Legislativas como leyes, al no incluir a éstas en la lista de normas que atribuye rango de ley (artículo 200) (76).

Es cierto que la Constitución no dice en qué consiste la resolución legislativa y que tampoco figura entre aquellas disposiciones contra las cuales procede interponer Acción de Inconstitucionalidad. Estos, y particularmente la no definición de en qué consiste la resolución legislativa, son defectos técnicos que debieran ser corregidos en el texto constitucional.

Sin embargo, se puede ahondar un poco más las cosas y tratar de obtener el real valor de una resolución legislativa en el ordenamiento jurídico peruano.

(76) NOVAK TALAVERA, Fabián. *Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993*. En *Agenda Internacional*. Año I, N° 2. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto de Estudios Internacionales-IDEI, julio-diciembre 1994, p. 83.

El Congreso toma acuerdos, emite leyes y resoluciones legislativas. Los acuerdos son decisiones que no forman parte de la legislación, pero que sí tienen obligatoriedad. Por ejemplo, es acuerdo la declaración añadida a la Constitución sobre la Antártida. También son acuerdos los de interpelar o censurar ministros, y los de acusar mediante el procedimiento del antejuicio. Ninguno de ellos es norma legal, pero son de cumplimiento obligatorio.

Las leyes son normas generales del Estado con rango de ley. De su naturaleza no corresponde debatir aquí porque, para los efectos de esta discusión no hay oscuridades en ellas.

Las resoluciones legislativas son utilizadas, si se aprecia bien, para dar cauce a decisiones de carácter individual, que corresponden al Congreso. Como su nombre lo dice, *resuelven* situaciones. La palabra *resolución*, según el *Diccionario de la Real Academia*, significa "acción y efecto de resolver [...] //4. Decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial". *Resolver* significa: "tomar determinación fija y decisiva. // 2. Resumir, epilogar, recapitular. // 3. Desatar una dificultad o dar solución a una duda. // 4. Hallar la solución de un problema [...]".

Puede verse que la palabra resolución tiene que ver, claramente, con un problema sobre el que hay que emitir una decisión. Por ello es de carácter individual. Las resoluciones legislativas, por ejemplo, aprueban el otorgamiento de pensiones de gracia. También se las utiliza para aprobar el trámite de *un tratado* internacional. ¿Y por qué es así? En nuestro entender hay una respuesta muy sencilla: la aprobación del Congreso no es sino una etapa intermedia del perfeccionamiento del tratado, porque luego vendrá la ratificación que, como atribución del Ejecutivo, podrá o no ocurrir en función de las consideraciones políticas que dicho órgano realice. En este sentido, sería impropio que el tratado se aprobara por ley, en la medida que la ley es vinculatoria y debe ser promulgada y obedecida (salvo observación presidencial e imposibilidad de superarla en el Congreso). Podría perfectamente suceder que aprobado un Tratado, el Ejecutivo decida no ratificarlo por alguna circunstancia política imprevista, o por el cambio de cierta situación internacional. En realidad no estará obligado a tal ratificación porque no es atribución de otros sino suya propia.

Como vemos, hay razones para que el tratado no sea aprobado por ley. Pero todavía podemos hacernos otra pregunta: ¿Cuál de las funciones o potestades del Estado utiliza el Congreso para aprobar tratados: la ejecutiva o la legislativa?

Para responder esta pregunta hay que preguntarse antes otra: ¿por qué tienen que ser los tratados (o mejor dicho, ciertos tratados en la Constitución de 1979) aprobados por el Congreso?

Si leemos el artículo 56 de la Constitución, nos damos cuenta que las materias reservadas al Congreso en relación a los tratados, son precisamente las que tienen que ver con las normas legislativas de rango de ley que es, precisamente, el conjunto de disposiciones que deben dictarse con ejercicio de la potestad legislativa. No hay que olvidar la primera parte de la cita que hemos transcrito para abrir la discusión de este punto. Dice: "[...] cabría recordar que la aprobación previa del Congreso tiene por objeto comprobar la compatibilidad y concordancia del tratado con los compromisos internacionales contraídos con anterioridad por el País y con la legislación interna del Estado". Al hablar de la legislación interna, no nos estamos refiriendo obviamente a los decretos y resoluciones que emiten el Poder Ejecutivo y otros órganos de la administración, sino precisamente a las normas con rango de ley.

Está claro, entonces que el Congreso aprueba los tratados que caen en el ámbito de aprobación con potestad legislativa. Es obvio, por consiguiente, que al aprobarlos está ejercitando dicha potestad. Es decir, al aprobar un tratado mediante resolución legislativa se está utilizando la potestad legislativa, no la ejecutiva.

Dos argumentos más nos hacen considerar que en realidad la resolución legislativa tiene rango de ley y no otro inferior:

- El primero, que el propio nombre que tiene denota que es norma legislativa. Se denomina resolución *legislativa*. El Congreso sólo legisla con normas de rango de Ley porque se le reconoce la potestad legislativa del Estado.

- La segunda es de Derecho positivo y consiste en que el Reglamento del Congreso dice que cuando se dictan resoluciones legislativas

se utiliza la potestad legislativa. Este argumento, por sí mismo, sería insuficiente porque bien podrían estar confundidos los congresistas que aprobaron el Reglamento pero, luego de los argumentos anteriores, es perfectamente coherente. Dice el artículo 4 del Reglamento del Congreso:

«Reglamento del Congreso de la República, artículo 4.- La función legislativa comprende el debate y la aprobación de reformas de la Constitución, de leyes y resoluciones legislativas, así como su interpretación modificación y derogación, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la Constitución Política y el presente Reglamento».

Además, el Congreso no tiene atribución ejecutiva dentro del Estado. Sí la tiene para sus asuntos internos, pero eso no lo decide el Pleno sino la Mesa Directiva y mediante *acuerdos*. Dice el Reglamento del Congreso:

«Reglamento del Congreso, artículo 33.- La Mesa Directiva tiene a su cargo la dirección administrativa del Congreso y de los debates que se realizan en el Pleno del mismo, de la Comisión Permanente y del Consejo Directivo, así como la representación oficial del Congreso en los actos protocolares. Está compuesta por el Presidente, y tres vicepresidentes.

La Mesa Directiva supervisa la administración del Congreso bajo las políticas administrativas y financieras que establece, de acuerdo con los lineamientos adoptados por el Pleno y el Consejo Directivo del Congreso.

Acuerda el nombramiento de los funcionarios de más alto nivel del Congreso a propuesta del Oficial Mayor, dando cuenta al Consejo Directivo. También autoriza la contratación de servicios y la realización de concursos y el nombramiento y contrato de los profesionales, técnicos y auxiliares que se requieran para el normal desarrollo de las actividades parlamentarias. Aprueba el Presupuesto y la Cuenta General del Congreso antes de su presentación al Pleno del Congreso por el Presidente».

Queda, finalmente, el argumento de que las resoluciones legislativas no pueden ser impugnadas mediante la Acción de Inconstituciona-

lidad de las leyes porque no figuran en el texto del inciso 4 del artículo 200.

Sobre esto habría que decir lo siguiente:

- No todo lo que figura en dicho dispositivo es norma con rango de ley estrictamente hablando: las normas regionales de carácter general y las ordenanzas municipales no son leyes, no al menos en el sentido nacional de la palabra. Puede decirse que *son ley para su circunscripción*, pero aún así deberán ser consistentes no sólo con las leyes nacionales, sino también con los Decretos válidamente emitidos por el Gobierno Central que, como gobierno unitario, está por encima de ellas siempre que actúe legítimamente.

- No consideramos que sea exacto decir que si una disposición no está en la lista del inciso 4 del artículo 200, la acción de inconstitucionalidad no puede serle aplicada. Esta es una concepción demasiado positivista y literalista, que excluye elementos esenciales de la interpretación constitucional como son la sistemática y la naturaleza de las instituciones. Supongamos que el Congreso aprueba por resolución legislativa una norma de carácter general que es abiertamente inconstitucional. Pensamos que en ese caso la discrecionalidad del Tribunal Constitucional puede perfectamente admitir la acción: si la norma existe, si fue dictada en ejercicio de la potestad legislativa, si está vigente y se pretende hacerla cumplir y, sobre todo esto es inconstitucional, entonces no vemos objeción a que se de trámite a la acción. En realidad, fue la situación de los Decretos de Urgencia durante la Constitución de 1979, que debieron por silencio de la Constitución, ser sometidos a control constitucional. Desde luego, eso exige la existencia de tribunales constitucionales con capacidad de crear y de adaptar las normas a la realidad, sobre todo cuando como en este caso están defectuosamente concebidas: el constituyente no supo determinar la naturaleza de la resolución legislativa de manera expresa.

- Finalmente, hay una buena razón para considerar que las resoluciones legislativas no sean susceptibles de someterse a la acción de inconstitucionalidad, al menos en la generalidad de los casos: tratan de asuntos individuales y no tiene sentido habilitar una acción

esencialmente ciudadana para ellos. Cabría decir que podrían ser impugnadas cuando aprueben tratados, pero éstos ya están considerados en el texto. Es una razón pragmática, pero perfectamente entendible.

En definitiva, pensamos que la aprobación de tratados por Resolución Legislativa es ejercicio de la potestad legislativa del Estado residente en el Congreso. Por consiguiente, los tratados que apruebe el Congreso tendrán rango de ley en el Derecho interno. Mientras no tengan esta aprobación, no serán incorporados a la legislación interna. Todo ello hace ver que este artículo es dualista de acuerdo a los elementos conceptuales discutidos anteriormente.

Cuando la aprobación de los tratados corresponde al Presidente de la República, dice el artículo 57 que este magistrado los celebra o ratifica y la ley 26647 establece que debe hacerlo también por Decreto Supremo que es la norma legislativa de mayor rango jerárquico que dicta el Presidente de la República, es verdad, en ejercicio de la potestad ejecutiva. No cabe duda, entonces, que también la aprobación que dé el Presidente de la República incorpora con norma legislativa interna al tratado. En consecuencia, hay dualismo.

Desde que el Congreso debe aprobar todos los tratados que requieran disposiciones de rango de ley, bien como modificatorias, bien para su desarrollo, es bastante claro que sin decirlo, los artículos 56 y 57 han establecido que los tratados que apruebe el Presidente sin intervención del Congreso, serán aquellos que corresponden a sus atribuciones constitucionales de carácter ejecutivo (ver el artículo 118 de la Constitución). Es, en otras palabras, la misma norma que existía en la Constitución de 1979, pero con otra forma de expresión.

Precisamente por lo que acabamos de decir, un tratado aprobado por Decreto Supremo debería estar sometido a la Acción Popular establecida en el inciso 5 del artículo 200 de la Constitución. Sin embargo, el artículo 20 inciso 4 de la Ley 26435 del 06 de Enero de 1995, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que también estos tratados están sometidos a la acción de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley. Desde el punto de vista interno del Derecho, es una norma incoherente. Sin embargo, no podemos decir que sea incompatible con la

Constitución. No obstante, esto no convierte a los tratados aprobados por el Presidente en normas de rango de ley, como tampoco lo tienen las ordenanzas que, a su vez, son impugnadas por la misma acción.

Finalmente, el artículo 3 de la ley 26647, ratifica que los tratados se incorporan luego de su aprobación mediante los procedimientos antedichos, esto es, mediante la emisión de una norma de rango de Ley o de Decreto Supremo, según los casos que hemos analizado:

«Ley 26647, artículo 3.- Los Tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano entran en vigencia y se incorporan al derecho nacional, en la fecha en que se cumplan las condiciones establecidas en los instrumentos internacionales respectivos, de acuerdo al artículo precedente. La incorporación de los tratados al derecho nacional se sujeta a lo que establezcan los propios tratados sobre el particular».

Hay que notar que el artículo condiciona la entrada en vigencia a las reglas que establezca el tratado, pero sólo después de perfeccionado en el Perú, lo que exige la vigencia de las normas legislativas que lo aprueben. Es por estas razones que consideramos que el artículo 55 toma la posición dualista de incorporación de tratados a la legislación interna.

98.2.2.2. El artículo 3 de la Constitución

En el caso de los derechos humanos, sin embargo, el artículo 3 de la Constitución reconoce como tales a otros de naturaleza análoga a los que existan en el texto constitucional o "[...] que se funden en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma Republicana de Gobierno".

Esto equivale a decir que los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, declaraciones o tratados y en este último caso, hayan o no sido ratificados por el Perú, pueden ser considerados derechos constitucionales protegibles por las garantías establecidas. De hecho, al analizar los derechos anteriores, hemos indicado en muchos casos cuántas normas adicionales, generalmente de especificación, aporta el Derecho Internacional a los derechos establecidos positivamente en el Perú.

En este caso hay un claro monismo: por el hecho de existir, esos

derechos forman parte del Derecho peruano. No hace falta norma jurídica interna alguna para que ello suceda: serán invocados y, de cumplir los requisitos, deberán quedar amparados.

Como es obvio, esta disposición no funciona en relación a lo que no sea establecimiento de derechos humanos. Así, si en un tratado hay reglas de jurisdicción de organismos internacionales, ellas no podrán ser entendidas como aplicables en el Perú a menos que haya perfeccionamiento del tratado.

98.3. La colisión entre el Tratado y la norma con rango de ley

El problema se presenta cuando devienen en incompatibles la norma contenida en un tratado y la existente en una ley interna: ¿cuál debe primar?

Hubo norma en la Constitución de 1979 que, dentro de su propio esquema de normatividad sobre tratados, había dispuesto expresamente que en caso de conflicto entre tratado y ley primaba el primero. Dice Novak al respecto:

> La actual Constitución si bien no deja dudas respecto al rango normativo de los tratados al otorgarles el artículo 200 jerarquía de ley, nada dice respecto a un posible caso de colisión. Esta omisión resulta particularmente grave pues nos coloca ante una situación de indefinición de presentarse este supuesto de hecho.
>
> Pero, ¿Cuáles fueron las poderosas razones que impulsaron a nuestros legisladores a suprimir esta fórmula? Las razones parecen ser de lo mas insólitas.
>
> Se sabe que el Congresista Enrique Chirinos Soto propuso al interior de la Comisión de Relaciones Exteriores que se consagrara la primacía del tratado sobre la ley, pero «bajo reserva de que el mismo principio fuera aceptado por la otra o las otras partes contratantes».
>
> Propuesta semejante, fue objeto de consulta al IDEI por intermedio del Presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores del

CCD, Ingeniero Víctor Joy Way, institución que de inmediato manifestó su parecer en contrario.

La primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno ha sido defendida por los tribunales internacionales en diversas ocasiones así como por la mayoría de los publicistas.

En cuanto a la jurisprudencia internacional, tanto arbitral como judicial, son diversos los fallos que confirman esta primacía (77).

Hay una respuesta desde el Derecho Internacional que, correctamente, ha ya indicado Novak al final del párrafo previo que hemos transcrito: la primacía del tratado sobre la ley. Dice Ciurlizza:

A nivel del derecho internacional, la discusión básica (sobre si una norma de derecho interno puede derogar un tratado, o ser utilizada para no cumplirlo) ha sido definitivamente resuelta al ser adoptada, en 1969, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que afirma el principio «Pacta Sunt Servanda» en su artículo 26:

«Todo tratado en vigor obliga a la partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe».

Y el artículo 27:

«Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado... (78).

---

(77) NOVAK TALAVERA, Fabián. *Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993.* En *Agenda Internacional.* Año I, N° 2, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto de Estudios Internacionales, IDEI, julio-diciembre 1994, p. 77.

(78) CIURLIZZA, Javier. *La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos.* En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 74.

Maúrtua ratifica esta opinión:

> Debo señalar, sin embargo, que en caso de conflicto entre una ley interna y la disposición de un tratado que no sea resuelto de esa manera ante los tribunales nacionales -es decir, prevalencia de norma contenida en un tratado- debe entenderse que estaríamos ante un caso de una violación al Derecho Internacional. Al respecto, debe destacarse que los tribunales internacionales resuelven este tipo de conflictos reconociendo la primacía del Derecho Internacional sobre la norma de Derecho interno nacional cuando media un tratado vigente (79).

En cuanto a nosotros, consideramos que hay que determinar el rango al que pertenece el tratado dentro del Derecho interno:

- Los tratados que versan sobre derechos humanos tienen rango constitucional, según el artículo 3 de la Constitución y según la cuarta disposición final. Hemos fundamentado esta afirmación al introducir a los derechos en este comentario.

- También tienen rango constitucional los tratados que afectan disposiciones constitucionales y, por tanto, deben ser aprobados por el procedimiento de reforma constitucional según el segundo párrafo del artículo 57.

- Tienen rango de ley los tratados aprobados mediante resolución legislativa del Congreso. Hemos visto en las páginas anteriores que el Congreso realiza esta aprobación en ejercicio de la potestad legislativa.

- Tienen rango de norma administrativa los aprobados mediante Decreto Supremo, pues una norma de este tipo no puede ascender al rango constitucional y debe ser dictada en observancia del artículo

---

(79) MAURTUA DE ROMAÑA, Oscar. *Constitución y política exterior.* En *Agenda Internacional.* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto de Estudios Internacionales, Año II, N° 3. Enero-Julio 1995, p. 21.

118 inciso 8 de la Constitución que dice que corresponde al Presidente de la República: "Ejercer la potestad de reglamentar las leyes *sin transgredirlas ni desnaturalizarlas*; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones".

Si la Constitución hubiera pensado que los tratados que aprueba el Presidente debían tener rango de ley, hubiera o bien dicho esto expresamente, o bien autorizado a que los apruebe mediante decreto legislativo sin delegación del Congreso (cosa que sólo ocurre en la Constitución en los artículos 80 y 81). Como no hizo ni lo uno ni lo otro, y como son aprobados por Decreto Supremo, en la sistemática del orden jurídico interno del Perú es imposible darles rango de ley.

Es más, el Presidente de la República no deberá aprobar nunca mediante Decreto Supremo un tratado que requiera modificar o derogar leyes porque lo prohibe expresamente la parte final del artículo 56 de la Constitución. Por consiguiente, si contraviene esta norma estaría produciendo un acto (un Decreto Supremo en este caso) abiertamente inconstitucional.

Hechas estas aclaraciones, nos aparece evidente que las reglas que hay que observar en esta materia son las siguientes:

- Los tratados que tienen rango constitucional priman sobre la ley por ser de rango superior.

- Los tratados que tienen rango de ley primarán sobre las leyes anteriores sin ninguna duda. Queda a resolverse qué pasa en el caso en que una ley posterior venga a ser incompatible con un tratado anterior. En nuestro concepto, aquí habrá que hacer primar el tratado porque es un compromiso con potencias extranjeras, o con organismos internacionales, y la palabra empeñada en ese ámbito debe ser cumplida. Además, apoya en esto la Convención de Viena que es un instrumento internacional de peso en la materia. Sin embargo, positivistamente desde el punto de vista del Derecho interno, la solución podría ser la contraria (aunque también sería de corta mirada conceptual en nuestro criterio).

- Todo esto hace ver la importancia que tiene el control del Congreso sobre los Tratados, inclusive sobre los que aprueba directamente el Presidente y que le deben ser puestos en conocimiento según la parte final del primer párrafo del artículo 57.

  También exige mesura en el Congreso, para no aprobar, o para modificar oportunamente, las leyes que vayan contra tratados existentes. En esto, desde luego, el sentido político es más importante que las reglas puramente jurídicas.

- Si el tratado fue aprobado por el Presidente de la República, no podrá primar sobre las leyes internas porque tiene rango normativo inferior a ellas desde que es aprobado por Decreto Supremo y éste no puede transgredir ni desnaturalizar el rango de ley, aunque sean impugnables por vía de la acción de inconstitucionalidad. Hemos fundamentado esta posición unos párrafos antes. Aquí poco importa la palabra empeñada ante otras potencias u organismos internacionales: el orden interno y el respeto a las competencias debe ser la regla válida. Desde luego que el Congreso podrá allanar el camino corrigiendo la legislación interna pero, en buen gobierno, ello debe hacerse antes, y no después que el Presidente apruebe el tratado del caso.

99. Artículo 56

> *«Artículo 56.- Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:*
>
> *1. Derechos Humanos.*
>
> *2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.*
>
> *3. Defensa Nacional.*
>
> *4. Obligaciones financieras del Estado.*

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Sólo hemos encontrado como antecedente de regulación de los convenios internacionales la siguiente norma:

«Constitución de 1839, artículo 151.- La nación no reconoce pacto ó estipulación alguna celebrada con las potencias extranjeras que no sea aprobada por el Poder Legislativo».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente de la Constitución de 1979 en relación a este artículo es la siguiente:

"*Artículo 102.- Todo tratado internacional debe ser aprobado por el Congreso, antes de su ratificación por el Presidente de la República*".

Obviamente, la sistemática que siguen ambas Constituciones respecto a la aprobación de tratados es distinta. La de 1979 establecía como regla general que todo tratado debía ser aprobado por el Congreso antes de su ratificación presidencial. La excepción era que un convenio fuera firmado por el Presidente de la República y ello sólo ocurría sobre materias de su competencia exclusiva.

La Constitución de 1993, en este artículo, establece que sólo los tratados sobre ciertas materias serán aprobados por el Congreso y que, todos los demás, lo serán por el Presidente de la República. La norma general se ha invertido: todo lo aprueba el Presidente salvo lo que taxativamente se ha encargado al Congreso en este artículo 56.

Análisis exegético

Este artículo está sistemáticamente enlazado al numeral 57, de ma-

nera que los dos conforman el tratamiento procesal del perfeccionamiento de los tratados en el Perú.

En este artículo se trata a los que tienen que ver con la aprobación del Congreso antes de la ratificación presidencial.

Los cuatro incisos del artículo son bastante claros como para requerir un comentario especial. Puede haber circunstancias en las cuales no se tenga seguridad de que el tratado caiga o no dentro de una de estas categorías. En ese caso lo razonable será una coordinación entre Ejecutivo y Legislativo para resolver la duda. En todo caso, siempre el Poder Legislativo podrá enmendar los errores de apreciación del Ejecutivo, desde que aún los tratados aprobados directamente por éste, le deben ser puestos en conocimiento *dando cuenta*, como dice la parte final del primer párrafo del artículo 57.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que también los tratados considerados en el último párrafo de este artículo deben ser aprobados por el Congreso. Es bastante claro el caso de los que crean modifican o suprimen tributos. Sin embargo, ¿cuáles son los tratados que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución? Sobre todo en este último supuesto cabe elaborar las más diversas posibilidades y alternativas porque, en última instancia, prácticamente todo puede ser materia de una ley.

Es la fórmula que utilizan también otras legislaciones. Por ejemplo, el artículo 80 de la Constitución italiana que dice:

"Constitución italiana, artículo 80.- Las Cámaras autorizan mediante ley la ratificación de los tratados internacionales que tienen naturaleza política, o prevén arbitrajes o reglas judiciales, o contienen variaciones del territorio o cargas a las finanzas o suponen modificaciones a las leyes".

El artículo 94 de la Constitución de España también señala:

«Artículo 94.1.- La presentación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

a) Tratados de carácter político.
b) Tratados o convenios de carácter militar.
c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.
d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución».

En nuestra opinión, las únicas materias que indiscutiblemente no requieren norma con rango de ley son las que constituyen competencias del Poder Ejecutivo. Por consiguiente, con una redacción distinta a la de 1979, estaríamos llegando esencialmente a la misma regla que ella establecía: los tratados que puede aprobar directamente el Presidente son los que correspondan a su exclusiva competencia.

Sin embargo, tal vez podría haber otra circunstancia en la que se considerara que no se necesita ley para un tratado: cuando el Presidente y el Congreso, luego de un intercambio de opiniones, lleguen a la misma conclusión. Esta hipótesis, sí sería una ampliación el número de tratados que podría aprobar directamente el Presidente, en relación a la Constitución de 1979 y nos parece razonable.

En opinión de Novak sí ha habido una clarificación de los supuestos normativos y mejor distribución en favor de una mayor cantidad de aprobaciones directas por el Presidente de la República. Dice:

> Este artículo concordado con el primer párrafo del artículo 57 realiza una clara distinción a través de una «lista positiva» entre los denominados acuerdos simplificados (o convenios ejecutivos) y los acuerdos complejos (o solemnes), atendiendo al procedimiento de conclusión de los mismos. Así, los primeros, serían potestativos del Presidente de la República, es decir, celebrados a sola firma. Los segundos, por la importancia de las materias que regulan, requerirían de un control parlamentario previo.
>
> La necesidad de esta distinción y de establecer dos procedimientos de celebración según la materia, data de muy antiguo.

Locke, Rousseau y Tocqueville reconocían en su tiempo que la acción exterior del Estado precisaba de mayor libertad y flexibilidad para el Poder Ejecutivo, por lo que el Parlamento, debido al número de representantes, su inestabilidad y heterogeneidad, además de su tradicional lentitud, debía abstenerse de participar salvo en aspectos puntuales y de importancia sustantiva.

Precisamente la actual Constitución busca dejar clara esta distinción (80).

También Enrique Bernales, de indudable experiencia parlamentaria, considera que el texto de 1993 mejora al de 1979:

La adopción de este criterio resuelve los problemas que creaba la fórmula demasiado general de la Constitución de 1979, para que fuera el Congreso el que aprobara los tratados internacionales. En efecto, esto era lo que disponía el artículo 101, mientras que el 104 autorizaba por excepción al Presidente de la República a celebrar convenios internacionales sobre materias "de su exclusiva competencia", sin el requisito de la aprobación del Congreso y sólo dándole cuenta inmediata. ¿Cuáles eran esas materias de exclusiva competencia del Presidente de la República? En la década del ochenta fue éste un asunto que provocó discusiones entre parlamentarios que sostenían que no habiendo strictu sensu ningún asunto de exclusiva competencia del Presidente, todos los tratados internacionales debían ser aprobados por el Congreso, pues se trataba de acuerdos expresivos de la soberanía. Pero en el mismo Parlamento y en el Ejecutivo no faltaron opiniones que sostuvieron que cuando los asuntos del tratado no eran materia que a nivel interno requiriesen ley, «eso era asunto de la exclusiva competencia del Presidente de la República» (81).

---

(80) NOVAK TALAVERA, Fabián. *Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993*. En *Agenda Internacional*. Año I, N° 2. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto de Estudios Internacionales-IDEI, julio-diciembre 1994, p. 81.

(81) BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima, Konrad Adenauer Stiftung y Ciedla, 1996, p. 299.

En última instancia, y estando en juego los compromisos del Perú en la sociedad internacional, es muy importante que en estos asuntos haya una colaboración estrecha entre Ejecutivo y Legislativo, de manera que cuando se haya dado la aprobación al tratado, no surja luego una discrepancia interna que haga incumplir los compromisos internacionales.

Hay que recordar que según el artículo 2 de la ley 26647 el Congreso aprueba los tratados que son de su competencia mediante resolución legislativa.

Finalmente, el artículo 5 de la ley 26647 establece lo siguiente:

«Ley 26647, artículo 5.- La publicación del texto de los tratados se realizará en un plazo máximo de treinta días útiles contados a partir de la fecha en que sean recibidos en el Diario Oficial».

100. Artículo 57

> *«Artículo 57.- El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.*
>
> *Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.*
>
> *La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.»*

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que constituyen antecedentes del que venimos comentando son los siguientes:

Artículo 103.- Cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República".

"Artículo 104.- El Presidente de la República puede, sobre materias de su exclusiva competencia, celebrar o ratificar convenios internacionales con Estados extranjeros u organizaciones internacionales o adherir a ellos sin el requisito previo de la aprobación del Congreso. En todo caso debe dar cuenta inmediata a éste".

"Artículo 107.- La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con aprobación del Congreso".

El primer párrafo del artículo 57 de la Constitución de 1993 establece que salvo los casos taxativamente enumerados en el artículo precedente, todos los demás tratados son aprobados por el Presidente de la República. Debe, sin embargo, dar cuenta al Congreso, se entiende que para que dicho órgano pueda modificar la decisión presidencial. De otro modo, informar al Congreso carecería de sentido. Convierte en regla general, lo que en el artículo 104 de la Constitución de 1979 era la excepción.

El segundo párrafo del artículo 57 de la Constitución de 1993, es esencialmente la misma norma que existía ya en el artículo 103 de la Constitución de 1979. Las pequeñas variaciones textuales no afectan el sentido de la norma que es igual en ambas.

La aprobación de la denuncia de los tratados también es distinta en ambas Constituciones, y depende de quien los aprueba (que será también, quien aprobará la denuncia respectiva). Esto es completamente coherente con el nuevo sistema elegido.

Análisis exegético

La celebración de un tratado consiste en seguir todos los pasos de negociación, aprobación y ratificación que son necesarios para perfeccionarlo.

Sobre los términos ratificar o adherir que menciona el primer párrafo del artículo 57, dice Novak:

> Sobre los términos «ratificar», o «adherir» cabe precisar lo siguiente:
>
> Cuando el Presidente celebra tratados, éstos surten efectos jurídicos en la fecha de la suscripción. El Presidente ratifica un tratado, cuando luego de reexaminar los efectos generales del mismo sobre los intereses nacionales, decide finalmente asumir las obligaciones y derechos allí consagrados. Y finalmente, el Presidente se adhiere a un tratado, cuando el Estado no ha participado en la etapa de formación del mismo pero quiere incorporarse a él posteriormente (82).

El origen de estos tratados en los que sólo participa el Ejecutivo, es relatado así por Fernández Maldonado:

> Estos acuerdos tienen como referente histórico los denominados executive agreements o convenios ejecutivos del sistema norteamericano. En efecto, estos convenios han sido contraídos por el Presidente desde el gobierno de Washington hasta nuestros días, basados en la interpretación efectuada sobre la diferenciación, que la Constitución norteamericana hace, entre acuerdos ejecutivos (executive agreements) y tratados (treaties) (83).

Sobre la forma como se efectúa el proceso de perfeccionamiento de estos tratados en los que sólo participa el Poder Ejecutivo dice Novak:

---

(82) NOVAK TALAVERA, Fabián. *Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993*. En: *Agenda Internacional*. Año I, N° 2. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto de Estudios Internacionales, IDEI, julio-diciembre 1994, p. 86.

(83) FERNANDEZ MALDONADO CASTRO, Guillermo. *El control parlamentario sobre los tratados internacionales*. En VARIOS AUTORES. *Lecturas sobre temas constitucionales 7*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, p. 146.

La norma en cuestión, consagra el proceso de celebración de los tratados simplificados. Estos acuerdos son celebrados y concluidos directa y únicamente por el Poder Ejecutivo. Generalmente se celebran por canje de notas, minuta aprobada, memorándum de entendimiento, etc. En nuestro país suelen ratificarse por el Presidente de la República mediante Resolución Suprema, siendo cada vez mayor el número de tratados concertados en virtud de este procedimiento ágil y menos formal (84).

Sólo cabe aclarar que si bien antes los tratados se aprobaban por resolución suprema, desde la dación de la Ley 26647 del 26 de junio de 1996 (fecha posterior a la publicación del artículo de Novak que citamos), el Poder Ejecutivo debe aprobar estos tratados por Decreto Supremo (ver el artículo 2 de la Ley 26647 citado a propósito del comentario del artículo 55 de este trabajo).

El segundo párrafo del artículo 57 establece que los tratados que afecten disposiciones constitucionales sean aprobados por el procedimiento de reforma de la Constitución, establecido en el artículo 206 de la Carta.

Esta norma es razonable y tiene por finalidad evitar que, posteriormente, la vigencia del tratado sea objetada por incompatible con la Constitución. De esta manera, se habrá cumplido todos los requisitos para que la norma del tratado sea perfectamente válida.

Podría sostenerse (así lo hemos hecho previamente nosotros en algunos trabajos escritos), que en realidad lo que ocurría con este procedimiento era directamente la reforma de la Constitución. Materialmente eso es cierto, pero formalmente no ocurre exactamente así: el tratado será válido pero la norma constitucional seguirá siendo aplicada en tanto no resulte incompatible con él. No habrá sido, por tanto, derogada.

---

(84) NOVAK TALAVERA, Fabián. *Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993*. En *Agenda Internacional*. Año I, N° 2, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto de Estudios Internacionales, IDEI, julio-diciembre 1994, p. 86.

Novak indica un asunto práctico importante en relación a este tema:

"La postura adoptada por la actual Constitución presenta consecuentemente algunas ventajas:

1. En caso de denuncia o expiración del plazo del tratado, la plena entrada en vigor de la norma constitucional es automática. No es necesario volver a incorporar la norma constitucional al sistema jurídico" (85).

La denuncia de los tratados es la decisión de un Estado, de liberarse de los compromisos que le impone un tratado celebrado. El último párrafo del artículo establece que la denuncia es potestad del Presidente de la República con cargo de dar cuenta al Congreso, salvo en los tratados sujetos a aprobación del Congreso, cuya denuncia debe ser también previamente aprobada por éste. Las normas son razonables y adecuadas.

Estas disposiciones son ratificadas por el artículo 7 de la Ley 26647 que, en su primer párrafo, sólo añade una disposición evidente por sí misma: la de someter la denuncia no sólo a la decisión del Estado peruano, sino a las normas que sobre ello traiga el propio tratado:

«Artículo 7.- Los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano, conforme a lo señalado en los artículos anteriores, sólo podrán ser denunciados, modificados o suspendidos, según lo estipulen las disposiciones de los mismos, o en su defecto de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República con cargo a dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere su aprobación previa».

---

(85) NOVAK TALAVERA, Fabián. *Los Tratados y la Constitución Peruana de 1993*. En *Agenda Internacional*. Año I, N° 2, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú - Instituto de Estudios Internacionales, IDEI, julio-diciembre 1994, p. 88.

TITULO III

REGIMEN ECONOMICO

101. TITULO III: REGIMEN ECONOMICO

Hasta fines de la década de 1920, los Estados tenían relativamente poco que hacer en la economía: establecían las reglas de juego, protegían a sus empresas mediante sistemas de restricción de importaciones donde lo creían conveniente, regulaban la moneda hasta donde les era posible y trataban de capear las crisis con políticas recesivas cuando ellas eran necesarias. La economía ocurría bajo la forma de un ciclo inexorable con momentos de desarrollo (los picos de la onda) y momentos de depresión (los valles de la onda). El subir y bajar de la economía se convirtió en la teoría del ciclo económico. Sostenía ella que a cada nuevo crecimiento de la demanda seguía un crecimiento de la oferta hasta que llegaba un momento en el que la demanda paraba de crecer. Se producía una sobreoferta y un almacenamiento de productos no vendidos. Entonces debía disminuir la oferta, lo que significaba despedir trabajadores, lo que a su turno influía en una menor demanda ya que existían menores ingresos en la sociedad. Este era el fenómeno descendente del ciclo hasta que, en cierto nivel bajo, volvían a nivelarse oferta y demanda y ésta empezaba a incrementarse. Daba la impresión de que en esto no había más forma de intervención que la regulación del ciclo para que las reglas no se desordenaran artificialmente.

A raíz de la gran depresión iniciada el año 1929 y de la consiguiente búsqueda de soluciones, surgió una nueva manera de ver la macro-economía. Lord Keynes había ya antes sostenido que si en el momento en que empezaba el ciclo descendente de la economía el Estado

inducía a la demanda, esta podía crecer y equipararse nuevamente con la oferta, de manera que la crisis no se hiciera presente o, en todo caso, fuera menos grave que con las medidas recesivas tradicionales. El *keynesianismo* reinó en el mundo casi cuarenta años y produjo un crecimiento sin precedentes.

Para llevarlo a la realidad, el Estado tuvo que irrumpir en la actividad económica de muchas y diversas maneras. El proceso no fue igual en todo momento ni en todos los lugares, pero se extendió a prácticamente todos los países.

También ello ocurrió en el Perú. En realidad, la Constitución de 1979 fue una expresión completa, y un poco tardía, de todo este proceso. Sus rasgos principales fueron los siguientes:

- La estrategia de desarrollo económico consistió en desarrollar el agro y la industria propios, mediante la protección contra los productores externos y la incentivación de la inversión en el país. Guiados en América Latina por la política de sustitución de importaciones promovida por la CEPAL, los gobiernos se incorporaron durante varias décadas en esta tendencia.

- Este tipo de desarrollo conllevaba la necesidad de tener una unidad nacional de planificación que determinara los rumbos que debía seguir la inversión pública, y que orientara (con mayor o menor coacción), la inversión privada.

  El artículo 111 de la Constitución de 1979 decía:

  "Constitución de 1979, artículo 111.- El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad del Sector Público y orientan en forma concertada la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio".

  Así, había sectores de la actividad económica en los que el capital privado no podía invertir y otros en los que sí. En algunos debía coinvertir con el Estado.

La inversión extranjera era supervisada y controlada. Las inversiones debían ser autorizadas previamente cumpliendo diversos requisitos que establecían las leyes y los reglamentos.

La Constitución de 1979 decía al respecto:

"Constitución de 1979, artículo 137.- El Estado autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea como complementarias de las nacionales, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional, y contribuyan al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración".

- El Estado se reservaba para su propia gestión ciertas áreas estratégicas de inversión. Esto variaba según cada país, pero en general comprendía las industrias básicas, la explotación de los recursos naturales, la provisión de servicios esenciales como energía, teléfonos y comunicaciones, etc. Todo ello se llevaba adelante a través de empresas públicas de propiedad íntegra del Estado, o de empresas mixtas en las que el Estado tenía participación determinante.

El artículo 113 de la Constitución de 1979 decía:

"Constitución de 1979, artículo 113.- El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo".

En el artículo 114 se establecía la posibilidad de reservar actividades económicas al Estado:

"Constitución de 1979, artículo 114.- Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reserva de dichas actividades en favor de los peruanos".

Y en el artículo 127 se establecía la posibilidad de poner límites a la circulación de bienes en virtud del interés nacional:

"Constitución de 1979, artículo 127.- La ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación".

- La expropiación de empresas para transferir su propiedad al Estado, y la nacionalización de sectores amplios de la actividad económica (como la actividad bancaria o de seguros, o el comercio exterior, o de la comercialización de carburantes, etc.), era una posibilidad siempre abierta en las leyes, por razones de *interés social*. En algunos casos se hacía inclusive excepción al principio del pago previo al contado de la indemnización y se autorizaba la emisión de bonos. La Constitución de 1979 tenía ese tipo de normas en su artículo 125:

  "Constitución de 1979, artículo 125.- La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo pago en dinero de indemnización justipreciada.

  La ley establece las normas de procedimiento, valorización, caducidad y abandono.

  En la expropiación por causa de guerra, de calamidad pública, para reforma agraria o remodelación de centros poblados o para aprovechar fuentes de energía, el pago de la indemnización justipreciada puede hacerse en efectivo por armadas o en bonos de aceptación obligatoria y libre disposición, redimibles forzosamente en dinero. En tales casos la ley señala el monto de la emisión, plazos adecuados de pago, intereses reajustables periódicamente, así como la parte de la indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa".

  Hay que tener en cuenta, además, que el sistema previsto en este artículo, era mucho más favorable para el propietario expropiado que el que existía antes de la Constitución.

- El establecimiento de considerables sistemas de seguridad y previ-

sión social garantizados por el Estado, con edades de jubilación cada vez menores y pensiones que buscaban mejorar de manera permanente. La *Constitución* de 1979 no fue ajena a este proceso:

"Constitución de 1979, artículo 12.- El Estado garantiza el derecho de todos a la seguridad social. La ley regula el acceso progresivo a ella y su financiación".

"Constitución de 1979, 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".

A fines de los setenta en el primer mundo, y a partir de allí extendiéndose hacia el resto de países, empezó una ola de neoliberalismo que cambió drásticamente las reglas de juego.

El concepto de neoliberalismo tiene que ser precisado con la finalidad de diferenciarlo del liberalismo original que inicia su existencia política hacia el siglo XVIII, dependiendo del país en el que nos situemos.

Los liberales de entonces lucharon contra el Antiguo Régimen en pos de una sociedad con libertad y propiedad para todos. Partían de otra realidad y creían que, con su proyecto político, podrían llegar a la sociedad de propietarios, es decir, donde todos tuvieran algo y nadie tuviera demasiado.

John Locke, que ha trascendido en la historia como uno de los padres de este movimiento dijo que es el trabajo el que da el derecho de apropiación según la ley natural en el Estado de Naturaleza:

> La ley impuesta al hombre le ordenaba, en realidad, que se apropiase de ella. Dios le impuso la obligación de trabajar, y sus necesidades le obligaban a ello. Era, pues, su trabajo el que creaba su derecho de propiedad, y no podía arrebatársele ese derecho una vez que lo había conseguido. Vemos, pues, que poner la tierra en labranza, cultivarla y adquirir su propiedad constituyen operaciones unidas entre sí. La una daba el título a la otra. De modo, pues, que al ordenar Dios el cultivo de la tierra, daba, al mismo tiempo, auto-

rización para apropiarse de la cultivada. La manera de ser de la vida humana trae necesariamente como consecuencia la propiedad particular, porque para trabajar hacen falta materiales en que hacerlo (86).

Luego añade que el desperdicio de bienes en apropiación de una misma persona es una ofensa frente a la ley natural que merece sanción porque se ha invadido la parte correspondiente a los demás: las cosas que cada persona se apropia deben servirle para llevar adecuadamente su vida, no para malgastarlas:

> Con anterioridad a la apropiación de tierras, todo aquel que recogía la cantidad de frutos selváticos, que mataba, cazaba, o domesticaba la cantidad de animales que él podía con su propio esfuerzo, todo aquel que empleaba de ese modo su esfuerzo en cualesquiera de los productos espontáneos de la naturaleza y de una manera capaz de alterar el estado en que ésta se los ofrecía a todos, adquiría, por ese acto, la propiedad de los mismos; pero si esos frutos o animales perecían estando en poder suyo, sin que él los consumiese, es decir, si los frutos se pudrían o la caza se corrompía antes que él la hubiese consumido, faltaba con ello a la ley común de la Naturaleza y se hacía reo de un castigo, porque de ese modo privaba a su vecino de la parte que le correspondía, ya que su derecho de apropiación no iba más allá de sus necesidades, y habría tomado más de lo que era necesario para las comodidades de la vida (87).

---

(86) LOCKE, John. *Two Treatises of government.* Great Britain, Cambridge University Press, 1992. The Second Treatise. Cap. V, Par. 34, p. 292. (La traducción al español está tomada de LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil.* Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 1983. Traducción del inglés de Armando Lázaro Ros).

(87) LOCKE, John. *Two Treatises of government.* Great Britain, Cambridge University Press, 1992. The Second Treatise. Cap. V, par. 37, pp. 294-295. (La traducción al español está tomada de LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil.* Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 1983. Traducción del inglés de Armando Lázaro Ros).

Lo propio sucede con la tierra: si los pastos se pudren por falta de uso, o los frutos se pierden sin ser cosechados, esa tierra debería ser posesión de otro, aunque esté dentro de los linderos propios:

> Por idénticas medidas se regía la apropiación de la tierra. El hombre tenía un derecho especial a las tierras que él cultivaba y cosechaba, así como a los productos que recogía y aprovechaba antes que se echasen a perder; también le pertenecían, pues, todo el ganado y las cosechas y la tierra por él cercada y que era capaz de cuidar y aprovechar. Pero si dejaba que la hierba de la tierra de su propiedad se pudriese allí mismo o que los frutos de su cultivo se echasen a perder sin recogerlos y guardarlos, esa parcela de tierra, a pesar de estar cercada, debía considerarse desierta y podía otro apropiarse de ella (88).

En definitiva, es el oro y la plata, o lo que es lo mismo el dinero, el que corrompe este principio y permite que los seres humanos acumulen más de lo que pueden usar. Esto, como se ha dicho y se repite en la larga cita que sigue, es deshonesto:

> Pues bien: en los tiempos primitivos todo el mundo era una especie de América, en condiciones todavía más extremadas que las que ésta ofrece ahora puesto que no se conocía, en parte alguna, nada parecido al dinero. Pero que alguien descubra un producto que posea la utilidad para el uso y el valor del dinero y veremos inmediatamente que el hombre que vivía de ese modo se lanza inmediatamente a ensanchar sus posesiones.
>
> Pero, puesto que el oro y la plata resultan de poca utilidad para la subsistencia humana en proporción a la que tienen los alimentos, las ropas y los medios de transporte, tienen ambos metales su valor únicamente por el consenso humano, aunque ese valor se

---

(88) LOCKE, John. *Two Treatises of government.* Great Britain, Cambridge University Press, 1992. The Second Treatise. Cap. V, par. 38, p. 295. (La traducción al español está tomada de LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil.* Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 1983. Traducción del inglés de Armando Lázaro Ros).

rige en gran medida por el trabajo. Es evidente, por ello mismo, que los hombres estuvieron de acuerdo en que la propiedad de la tierra se repartiese de una manera desproporcionada y desigual; es decir, independiente de sociedad y de pacto; porque allí donde existen gobiernos, son las leyes las que reglamentan esa posesión. Por un acuerdo común, los hombres encontraron y aprobaron una manera de poseer legítimamente y sin daño para nadie mayores extensiones de tierras de las que cada cual puede servirse para sí, mediante el arbitrio de recibir oro y plata, metales que pueden permanecer largo tiempo en manos del hombre sin que se eche a perder el excedente, y tomando el acuerdo de que tengan un determinado valor.

Yo creo que, de ese modo, no hay dificultad alguna en concebir que el trabajo empezase por ser un título de propiedad en los productos corrientes de la naturaleza, un título limitado por el empleo de los mismos en beneficio propio; no había, pues, entonces, razón alguna para disputar por un título de propiedad ni dudas acerca del alcance que ese título daba. Se armonizaban el derecho y la conveniencia. Y si un hombre tenía derecho a todo aquello en que podía emplear su trabajo, tampoco tenía la tentación de trabajar para conseguir más de lo que podía consumir. Esta situación no dejaba posibilidad para controversias acerca del título ni para intromisiones en el derecho de los demás. Fácilmente se veía la parte que cada cual se apropiaba, y era inútil, al mismo tiempo que fraudulento, apropiarse demasiado o tomar en cantidad superior a la que cada cual necesitaba (89).

Para Locke, entonces, el liberalismo supone una ética de la mesura, de la obtención de los bienes por el trabajo, de la austeridad de conseguir lo necesario y no sobreacumular porque eso es contrario a la ley natural que rige tanto en el Estado de Naturaleza como en el Estado de Socie-

---

(89) LOCKE, John. *Two Treatises of government.* Great Britain, Cambridge University Press, 1992. The Second Treatise. Cap. V, par. 49-51, p. 302. (La traducción al español está tomada de LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil.* Barcelona, Ediciones Orbis S.A., 1983. Traducción del inglés de Armando Lázaro Ros).

dad. En definitiva, la sociedad que piensa Locke es una de pequeños propietarios: todos propietarios, nadie con demasiado como para avasallar a los otros. Este pensamiento puede encontrarse también en otros padres del liberalismo.

El siglo XIX y la primera mitad del XX demostraron cuan lejano podía llegar a estar este ideal de la realidad: con todos los bienes susceptibles de ser contratados dejados en libertad a la oferta y la demanda, la fuerza de trabajo era tremendamente perjudicada y no podía ser repuesta con lo que cobraba, porque la oferta de mano de obra era mucho mayor que la demanda.

Implícito en esta afirmación, se halla un presupuesto ético: si la mano de obra es barata y no puede reproducirse adecuadamente, los dueños de la mano de obra morirán. Ante este límite, la sociedad humana reaccionó estableciendo ciertas reglas de seguridad para el ser humano: aparecieron los derechos sociales, que irrumpen en las primeras décadas del siglo XIX en Inglaterra, el país más adelantado de entonces, y se extienden por el mundo durante la primera mitad del siglo XX.

Por otro lado, el liberalismo sin más reglas que el dejar hacer dejar pasar, condujo a una concentración inmensa de la riqueza, con muchos sin nada y pocos con casi todo. La sociedad de todos pequeños propietarios no fue el resultado histórico de la revolución liberal.

Cuando un neoliberal pretende que vuelve al liberalismo porque defiende el mercado y el libre juego de la oferta y la demanda, no se está convirtiendo en un liberal sino en la caricatura de él. Y eso ocurre porque, si sólo propone esto que decimos, en realidad conduce a una reproducción de las condiciones de discriminación y distanciamiento social del siglo XIX. Conduce a una sociedad en la cual habrá un conflicto latente entre pocos con mucho y muchos sin nada, que no permite avizorar ni paz ni progreso posibles sino conflicto y enfrentamiento.

De esto fueron concientes los padres del liberalismo. Y si sus recetas fallaron en el largo plazo por la acumulación y la diferenciación social que produjeron, fueron exitosas y justicieras en el corto plazo al destruir por completo el sistema de privilegios del Antiguo Régimen, y al entronizar como valores supremos la libertad y la igualdad, aunque sólo fuera en las formas.

Esto pone enormes distancias en imaginación, y también en ética, entre los liberales del siglo XVIII y los neoliberales de fines del siglo XX. Esta digresión un poco histórica y un poco conceptual, es sin embargo indispensable para poder discriminar qué de bueno y qué de malo puede encontrarse en el neoliberalismo, y cómo puede llegarse a concepciones razonables y positivas entre los dos extremos de este péndulo histórico.

En cualquier caso, el neoliberalismo ha roto con los esquemas del Estado social que se fue configurando durante el siglo XIX y que cuajó a partir de los años cuarenta del siglo XX.

Esto replantea necesariamente las funciones del Estado frente a la economía. Hay muchas maneras de enfrentar este reto transformador. Una es puramente ideológica y consiste en tomar un recetario neoliberal y copiarlo, casi como transcribir las recomendaciones de un libro a la Constitución y a la política. No es una buena solución.

La otra es medir los diversos aspectos a transformar, tomar lo de bueno que trajo la evolución del Estado liberal, y dejar en el camino sus errores. Claudio Herzka ha hecho un trabajo de esta naturaleza, especialmente dedicado a la realidad peruana contemporánea, en medio de las transformaciones que sufre, y ha propuesto diversas medidas de las cuales nos parece importante glosar diez. Algunas son de carácter netamente económico y, otras, referidas al marco institucional. Una síntesis, reorganizada por nosotros en función de las conveniencias de una exposición como la que hacemos, es la siguiente:

- Es muy importante resaltar que en las actuales circunstancias la función del Estado no es más la de intervenir en la actividad económica sino la de regularla garantizando el respeto a las reglas de juego que se establecen: economía de mercado, oferta y demanda, restricción de conductas abusivas e ilegales aplicando las sanciones que sean necesarias para que la conducta de los agentes sea legítima y, así, el funcionamiento de la economía sea lo más estable y menos distorsionado posible:

  «[...] el marco de política macroeconómica hoy imperante requiere necesariamente una profunda redefinición de las responsabilidades

y obligaciones del sector público. Se debe pasar de un papel predominantemente interventor del mercado, que afectaba directamente la asignación de los recursos (mediante tributos, aranceles y sistemas praarancelarios, controles de cambios, subsidios y transferencias, inversión pública, organismos públicos descentralizados, empresas estatales, entre otros instrumentos), a un papel de administrador del mercado que garantice un marco global con reglas de juego estables y transparentes, y con un sector privado compitiendo por los recursos y los consumidores, tanto nacionales como extranjeros. Al Estado le toca actuar como organismo regulador, ser un «árbitro» en la solución de controversias para evitar el abuso de los que logran posiciones dominantes en el mercado. la promoción de la equidad social debe ser su otra gran tarea» (90).

- El mercado tiene que funcionar eficientemente en todos los niveles en que ello es posible:

  «Para que el mercado pueda asignar los recursos (naturales, trabajo, capital, tecnología), es necesario que operen las fuerzas del mercado, lo que exige una liberalización de la economía. Se reduce la función interventora del Estado y se deja que la competencia defina los precios relativos. La relación del sector público con los mercados de bienes y servicios, de trabajo, de capital nacional y extranjero, y con el acceso a los conocimientos tecnológicos, se redefine completamente, convirtiéndose la intervención en un hecho excepcional realizado sólo bajo circunstancias bien definidas» (91).

- El mercado no trae automáticamente la equidad y el progreso para todos por igual. Es necesario compensar sus deficiencias en la asignación de recursos y, por ello, debe haber una preocupación social intensa, especialmente en países de pobreza extendida como el Perú:

---

(90) HERZKA, Claudio. *Elementos para una reforma del sector público peruano en el contexto de una economía de mercado*. Lima, GRADE, 1996, p. 9.

(91) HERZKA, Claudio. *Elementos para una reforma del sector público peruano en el contexto de una economía de mercado*. Lima, GRADE, 1996. p. 14.

«En tanto la operación del mercado en el corto plazo no necesariamente induce equidad en el acceso a los recursos disponibles, es necesario que el sector público se convierta en el principal agente promotor de la equidad distributiva y el combate contra la pobreza. Para esto se puede utilizar la orientación del gasto público, la estructura del sistema tributario, la previsión social y los programas contra la pobreza. Estos mecanismos deben complementar las políticas de generación de empleo productivo y bien remunerado, que son la base para una mayor equidad en la distribución de la riqueza» (92).

- El Estado no puede ser burocrático e ineficiente. Tiene que superar estas limitaciones y modernizarse disminuyendo sus costos de transacción para acompañar el proceso de modernización de la sociedad y facilitar la actuación de los agentes privados que son los que dan movimiento y hacen progresar a la economía:

  «El desarrollo institucional consiste en elevar la eficiencia y eficacia de las organizaciones que operan en ambos marcos, el formal y el informal, reduciendo al máximo los costos de transacción (aquéllos en que se incurre al realizar operaciones económicas en el mercado). En el caso de la reforma del sector público, se puede distinguir dos importantes conceptos relacionados con el desarrollo institucional. El primero consiste en mejorar el marco en el cual operan las organizaciones públicas y privadas a fin de reducir costos de transacción, lo que implica afectar el marco normativo y operativo en general. El segundo consiste en reducir los costos de transacción de los organismos del sector público para que puedan cumplir sus funciones de forma efectiva y eficiente. Esto se relaciona con la normatividad y operatividad específicas de la organización u organizaciones afectadas» (93).

---

(92) HERZKA, Claudio. *Elementos para una reforma del sector público peruano en el contexto de una economía de mercado*. Lima, GRADE, 1996, p. 14.

(93) HERZKA, Claudio. *Elementos para una reforma del sector público peruano en el contexto de una economía de mercado*. Lima, GRADE, 1996, p. 13.

- El marco legal tiene que ser modernizado y las autoridades que resuelven los conflictos sociales tienen que estar adecuadamente preparadas, tener procedimientos ágiles y diversificados para solucionar de manera eficaz y oportuna los conflictos que se presenten. En una sociedad moderna y dinámica, tiene que haber resolución de conflictos y tiene que tener las características antedichas. Si ello no ocurre el costo de los conflictos es tan alto que, probablemente, las oportunidades de inversión serán dirigidas hacia otros lugares con mayor eficiencia:

  «Para que el mercado opere, los agentes económicos tienen que aceptar la validez del marco legal y su sistema administrativo. Esto requiere que tanto la autoridad central (sistemas administrativos centrales, tribunales especiales) como el Poder Judicial sean vistos como centros confiables de solución de controversias: entre el sector privado y el sector público o entre dos partes del sector privado. Excepcionalmente, se pueden introducir mecanismos paralelos de solución de controversias como la mediación y el arbitraje» (94).

- La administración pública tiene que ser profesionalizada. Esto significa tanto la seguridad de tener especialistas a cargo de las responsabilidades del Estado, como eficiencia en el trabajo cotidiano. Debe diferenciarse lo político de lo administrativo y cada nivel debe respetar el ámbito del otro. Si no ocurre así, y a menudo en los países subdesarrollados el ámbito político avasalla al administrativo, entonces el Estado siempre es empírico e ineficiente, cuando no corrupto por los favoritismos y clientelismos:

  «Es necesario distinguir claramente entre el nivel responsable de la decisión política (ministros, secretarios, responsables de institutos descentralizados y de empresas públicas a nivel central, así como oficiales elegidos o nombrados a nivel regional y local) y los niveles que conforman la capacidad de gestión pública permanente (funcionarios de carrera). La razón es que a la administración pú-

---

(94) HERZKA, Claudio. *Elementos para una reforma del sector público peruano en el contexto de una economía de mercado*. Lima, GRADE, 1996, p. 15.

blica le toca velar por el cumplimiento de la normatividad institucional establecida en la legislación y los intereses del Estado e interactuar con el sector privado y la sociedad civil en general: a este nivel es mejor centrar la responsabilidad en un administrador profesional. Un servicio civil profesional le otorga estabilidad y continuidad a la gestión y administración pública. Mientras que la rotación de puestos políticos puede ser relativamente rápida porque responde a cambios de gobierno y ministros, la gestión de los miembros de alto nivel del servicio civil debe gozar de estabilidad y estar libre de interferencia política (aunque estos funcionarios podrían rotar entre diferentes instituciones del sector público, sin estar ligados a un solo sector)» (95).

- Es necesario descentralizar las decisiones en el Estado para hacerlas más eficientes: dejar al Gobierno Central como una instancia que da unidad al todo, que regula nacionalmente y que resuelve en última instancia los conflictos que se considere conveniente lleguen hasta allí. Lo demás debe ser decidido y realizado por órganos especializados, cuando no por los gobiernos regionales y locales:

  «Es preferible que la mayoría de las funciones de regulación y administración del mercado, así como la función de promoción, se deleguen a organismos autónomos o empresas públicas, o cuando sea el caso, a los gobiernos regionales o locales. De esta forma los ministerios y secretarías serían organismos de reducida envergadura y personal, que concentrarían las funciones analíticas y de definición estratégica, de dirección de las entidades autónomas y empresas públicas de su circunscripción y de solución de controversias cuando sea de su incumbencia» (96).

- También se ve indispensable la existencia de un órgano de pla-

---

(95) HERZKA, Claudio. *Elementos para una reforma del sector público peruano en el contexto de una economía de mercado*. Lima, GRADE, 1996, p. 21.

(96) HERZKA, Claudio. *Elementos para una reforma del sector público peruano en el contexto de una economía de mercado*. Lima, GRADE, 1996, p. 35.

neamiento no burocrático ni determinante, pero sí que pueda prever el largo plazo y discuta las prioridades y mejores oportunidades que tendrá el país para su desarrollo futuro:

«La propuesta incorpora un Consejo de Planeamiento Estratégico, en un intento de traer a debate la necesidad de que el sector público cuente con un organismo apropiado para desarrollar dicha función. Asimismo, se considera la existencia de un Gabinete Económico que incorpore a los ministros, y posiblemente a algunos secretarios de Estado, cuyas carteras estén vinculadas al ámbito económico. Dicho gabinete coordinaría la acción del Ejecutivo en esta área; un Gabinete Social de similares características coordinaría la política social» (97).

- Finalmente, el problema secular de la corrupción: una sociedad liberal tiene que combatirla para poder funcionar eficientemente:

«La corrupción en el sector público puede ser categorizada por niveles. El primer nivel es aquél en el que incursionan políticos y funcionarios de alto rango y está vinculado a la compra de «favores» para legislar o interpretar de determinada manera una reglamentación. Esta situación se registra en casi todos los países y está relacionada con la función de lobby, muy común en países desarrollados. En ciertas circunstancias, el «pago» se da a través del financiamiento a partidos políticos o candidaturas. Esta «venta de «influencias» se puede remediar parcialmente mediante procesos legislativos y administrativos transparentes así como normas sobre el financiamiento de campañas públicas.

El segundo nivel de corrupción se relaciona con las compras del Estado. Aquí la magnitud puede variar, según sean compras de gran envergadura (proyectos de inversión, comercialización de alimentos o insumos, gastos de defensa, equipamiento del Estado o las empresas públicas) o pequeñas adquisiciones. Respecto a este

---

(97) HERZKA, Claudio. *Elementos para una reforma del sector público peruano en el contexto de una economía de mercado*. Lima, GRADE, 1996, pp. 34-35.

problema, una legislación apropiada sobre el sistema de compras del Estado puede disminuir la corrupción, al igual que la disminución de la acción del Estado (mediante la privatización).

El tercer nivel es el de la pequeña corrupción, asociada con los trámites menores ante el sector público. La desregulación, simplificación de procedimientos y creación de un servicio civil profesional y estable, deben disminuir este tipo de corrupción.

En varios de los países latinoamericanos un factor que ha contribuido al aumento de la corrupción ha sido el tráfico de drogas. Mientras el margen de comercialización de este producto sea tan elevado a nivel internacional, será difícil reducir la incidencia de la corrupción relacionada con este factor» (98).

De esta breve revisión es posible concluir que las necesidades de conducción de la economía en los tiempos actuales no se limitan a un neoliberalismo plano e ideologizado. Que se requiere pragmatismo, es cierto, pero que él es mejor si se abarca todos los intereses, se combina las reformas económicas con las institucionales, y se hace una evaluación compensada de todos los elementos necesarios para una vida social de paz y progreso, incluida la preocupación por los que menos tienen y que, es deber de la sociedad y del Estado, darles la posibilidad de equipararse para competir en igualdad de condiciones con los que sí tuvieron oportunidades desde siempre. Las sociedades desarrolladas de hoy no se hicieron con exclusiones significativas. Por el contrario, siempre buscaron, no sin conflicto, la integración de los intereses de todos. Eso les dio estabilidad y un consenso aprobatorio del modo de vida que ha permanecido hasta hoy (aunque, con los grados de pobreza y desempleo que está produciendo el neoliberalismo moderno en ellas, ahora se discute si van también por el camino correcto de la paz, progreso y gobernabilidad).

Dentro de estos conceptos generales, es que consideramos debe tratarse la parte económica de la Constitución que, por otra parte, es la que

---

(98) HERZKA, Claudio. *Elementos para una reforma del sector público peruano en el contexto de una economía de mercado*. Lima, GRADE, 1996, pp. 25-26.

mayor transformación ha tenido en todo el texto de 1993 en relación a las Cartas anteriores.

Para nosotros, esta parte tiene el efecto positivo de haber modernizado al país, establecido reglas de mercado más eficientes que las anteriores, y desarrollado la conciencia de que es en la iniciativa de las personas en la que está el verdadero progreso.

Consideramos, asimismo, que tiene una visión limitada del Perú porque para esta parte económica no existe la pobreza. Está pensada, como hace doscientos años, para una sociedad de pequeños propietarios. Sin embargo la realidad peruana no es así: los propietarios son pocos y los que están en pobreza extendida bordean el 40% de la población. A pesar de esto, los derechos sociales han prácticamente desaparecido del texto y, sobre todo, se nota una falta de compromiso del Estado con ellos y una ideologizada privatización de los mismos que no necesariamente va a conducir a su mejoría sistemática.

Finalmente, ciertas reglas que sólo se deben a un ideologismo simplista como son las de los artículos 62 y 64, requieren reformulación y, por lo menos, precisiones adicionales. Ya la discusión sobre si los contratos colectivos de trabajo están protegidos por el artículo 62, han demostrado cuan deficiente es técnicamente hablando. Y la posibilidad de una crisis de divisas que puede ocurrir en cualquier momento, podrá rápidamente demostrar cuan equivocada está la redacción del artículo 64 que, si es entendida en forma literal y fuera de contexto, puede querer decir que el Perú se hallaría, eventualmente, desarmado frente a la necesidad de establecer formas de control de cambios que todo país debe asumir en algunos momentos de crisis o especulación. Particularmente pensamos que el control en ciertas circunstancias no está impedido, pero la redacción del artículo puede querer decir muchas cosas y ser interpretada tendenciosamente. En estas dos normas se requiere reflexión y, según entendemos, modificación constitucional. La fundamentamos en los comentarios correspondientes.

En nuestro concepto, sería muy importante una reflexión serena sobre el régimen económico de la Constitución, con la finalidad de mantener lo que se ha logrado de positivo con los cambios, y de corregir los errores que pueden ser pies de barro de todo un intento innovador e interesante para el progreso del país.

TITULO III

CAPITULO I

PRINCIPIOS GENERALES

102. TITULO III, CAPITULO I: PRINCIPIOS GENERALES

Los principios generales del régimen económico son las grandes normas directrices que, luego, serán desarrolladas en las diferentes disposiciones de rango legislativo e inferior para organizar económicamente a la sociedad. Como toda norma constitucional, tienen la virtud de adquirir valor jurídico supremo y de no poder, en consecuencia, ser alteradas por disposiciones de menor rango. De allí su importancia en el contexto de la organización social.

Los principios generales que la Constitución de 1993 desarrolla están vinculados a ciertos temas específicos que interesaron al constituyente de manera particular, tanto por su propia aproximación ideológica, como por la manera en que interpreta la historia económica del país. No hay, así, un conjunto de principios generales de carácter económico que constituyan un elenco constitucional esencial, reconocido y aceptado, como sí ocurre en otras áreas de la normatividad de este rango. Antes bien, los temas son tratados de distinta manera por diversas constituciones. Los que el constituyente peruano ha incluido en nuestra Carta son los siguientes:

- El principio de la libre iniciativa privada ejercitada dentro de una economía social de mercado. En el contexto de la Constitución, es este principio el que impulsa a la economía del país (artículo 58). La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres (artículo 63). Todo ello ocurre en un sistema de libre compe-

tencia. Se combate toda práctica que la restrinja. El Estado tiene un rol de facilitador y de vigilante de la competencia. Es, por tanto, un *Estado Policía* de las relaciones económicas.

- Además, el Estado adquiere un rol orientador del desarrollo, actuando en ciertas áreas de servicios públicos esenciales (artículo 58) y promoviendo la actividad económica mediante las libertades de trabajo y de empresa (artículo 59). El Estado no asume el rol de promotor del desarrollo, ni interviene directamente en la economía, sino por excepción y las empresas públicas, que tienen requisitos estrictos para su creación, cumplen una función subsidiaria y siempre que exista alto interés público (artículo 60, segundo párrafo).

- La economía se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa. La inversión nacional y extranjera están en igualdad de condiciones (artículo 63). Al Estado, solamente le está permitido brindar oportunidades de superación a quienes sufren desigualdad en la competencia dentro del mercado y se dará atención especial a la pequeña empresa por esta razón (artículo 59).

- La defensa del consumidor adquiere importancia en este sistema. Existe norma que encarga al Estado tal protección (artículo 65).

Adicionalmente, existen otras normas que como la libertad de contrato y la garantía de estabilidad de sus términos; la regulación del sometimiento a norma y jurisdicción de los contratos del Estado con extranjeros, y la libre tendencia y disposición de moneda extranjera, que no forman parte de la estructura misma del orden económico (porque podrían ser distintas sin alterar lo esencial del modelo), pero que tienen mucha importancia específica.

La diferencia en principios entre la Constitución de 1979 y la de 1993 es significativa no tal vez tanto en los detalles, como en la orientación general: la Constitución de 1979 optó por un Estado que regulaba e intervenía directamente en la economía. Para ello tenía una estructura de planificación que tomaba una amplia gama de decisiones sobre inversión y asignación de recursos, tanto públicos como privados. Las empresas públicas adquirían un papel trascendental en la dinamización del aparato productivo y en la producción y distribución mismas.

La Constitución de 1993, en cambio opta por un estado neoliberal y *policía* según es conocido en la literatura especializada, que esencialmente hace tres cosas:

- Regula la actividad privada mediante la dación de normas jurídicas.

- Supervigila el cumplimiento de las normas y sanciona las infracciones. En realidad, muchas veces la función de sanción del Estado Policía es más drástica que la del Estado de Bienestar porque, se supone, la función del Estado no es intervenir sino controlar. Son las personas las que deben cumplir por sí mismas las normas y, para ello, las sanciones deben ser ejemplares.

- Actúa en los servicios esenciales que normalmente no toma el sector privado (fundamentalmente de asistencia en casos de necesidad y disparidad de condiciones).

103. Artículo 58

> ***«Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.»***

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo antecedente de la Constitución de 1979 es el siguiente:

"Artículo 115.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social".

Ambas Constituciones establecen que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado. Sin embargo, mientras la Constitución de 1979 establecía que el Estado estimula y reglamenta el ejercicio de la iniciativa privada libre para armonizarlo con el interés so-

cial, en la Constitución de 1993 se da al Estado el carácter de orientador del desarrollo del país y le asigna ciertas áreas de actuación que tienen que ver con asuntos sociales esenciales: promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. En esta Constitución el Estado no interviene en la libre iniciativa.

Análisis exegético

Carlos Torres y Torres Lara fue representante al Congreso de papel destacado en la elaboración de la Constitución de 1993. Dice de su régimen económico:

> En la actualidad no es posible pretender una economía en términos exclusivos o excluyentes, porque no es posible producir para cada país, sino para el mercado mundial. Aquel que quiera producir sólo para un país, está condenado a que sus productos sean de baja tecnología y alto precio y por lo tanto que no se vendan.
>
> Al iniciarse el siglo XXI, los países no están en condiciones de establecer su propio modelo económico, sino sólo de insertarse en el existente. Por eso la nueva Constitución peruana elige el modelo liberal de economía, no porque sea el mejor, sino porque hoy es el único posible. No es una opción ideológica, es una visión práctica (99).

De manera que no existe propiamente elección, pues no queda otro remedio: la decisión de la mayoría constituyente no está tratada en términos ideológicos sino pragmáticos.

Sin embargo, el mismo autor sostiene que el liberalismo elegido no es extremo. Sus palabras:

> Una de las características que tipifican a la Constitución de 93 es que no cae en un liberalismo extremo, sino que con criterio social se dirige a proteger a quienes tienen desigualdades como por

---

(99) TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La Constitución económica en el Perú.* Lima, Asesorandina S.R.L., 1994, p. 11.

ejemplo, promoviendo a la pequeña empresa (art.59) o dando apoyo preferente al sector agrario (art.88). Por ello puede ser calificada como propia de un liberalismo social (100).

La Constitución de 1993, entonces, tendría un liberalismo controlado por la necesidad de equiparar sectores con desventajas iniciales, tales como la pequeña empresa y el sector agrario. Cabe destacar, sin embargo, que el Perú es un país donde no menos del 40% de la población vive secularmente bajo la línea de pobreza y, sin embargo, los pobres prácticamente no existen para la Constitución, en especial por el retiro de la mayoría de los derechos sociales que podían asistirlos, cosa ya fundamentada en la parte correspondiente de este trabajo. Da la impresión que el carácter moderador del liberalismo existente llega a ciertos sectores de la sociedad en la idea de sus autores, pero definitivamente no llega a casi medio país que vive, para todos los parámetros, en la pobreza.

En este artículo que ahora comentamos existen tres partes claramente diferenciadas:

- La primera se refiere a la iniciativa privada libre.
- La segunda se refiere a la economía social de mercado.
- La tercera se refiere al rol del Estado en la economía: orientador del desarrollo del país, con campos de actividad directa: promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

103.1. La iniciativa privada libre

La iniciativa privada libre es un derecho constitucionalmente establecido, que tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica y quiere decir que las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización. Como toda libertad, debe ser ejercitada dentro del marco de las leyes, particularmente del literal a) del inciso 24)

---

(100) TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La Constitución económica en el Perú*. Lima, Asesorandina S.R.L., 1994, p. 35.

del artículo 2 de la Constitución. Es, por consiguiente, un derecho protegido por las garantías constitucionales establecidas.

Sobre la iniciativa privada libre dice Mezzetti:

> También en las concepciones más recientes de la Constitución económica, la libre competencia es considerada como un valor implícito en la libre iniciativa en cuanto libertad de todos, no oponible a ella; se la considera como ocasión de ejercicio de la libre iniciativa y como su desarrollo natural que, desde luego, asume las consecuencias de las iniciativas de los demás (101).

Mezzetti, en esta cita, vincula la libre iniciativa privada con la libertad de competencia, considerando a ésta dentro de aquélla porque, en la medida que la iniciativa privada corresponde a todos, cada uno debe respetar las iniciativas de los otros. Así, podemos ver que el encabezamiento del artículo 58 se halla estrechamente vinculado al contenido del artículo 61 y que, en realidad, tanto la libre iniciativa como la libertad de competencia se interconectan la una con la otra y se hallan indesligablemente unidas.

Ochoa considera que la libre iniciativa privada y la libertad de empresa contenida en el artículo 59 son el mismo derecho. Luego da su propia definición de esta institución:

"El artículo 58° -siguiendo el antecedente del artículo 115 de la Carta de 1979- declara que la inciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado.

A este respecto cabe precisar que la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, comercio e industria garantizada en el artículo 59 de la actual Carta son sinónimos. En consecuencia, debemos entender por libre iniciativa privada y libertad de empresa, comercio e industria:

---

(101) MEZZETTI, Luca. *Costituzione economica e libertá di concorrenza in Italia*. En VARIOS AUTORES. *Costituzione economica e libertá di concorrenza. Modelli europei a confronto (a cura di Luca Mezzetti)*. Torino, G. Giappichelli editore, 1994., p. 211. (Traducción nuestra).

Aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia (102).

Para nosotros, la empresa es un mundo que efectivamente se halla dentro de la libre iniciativa pero tiene ciertas reglas particulares que se caracterizan por la interacción del ser humano y la persona jurídica que constituye la empresa, aunque ésta sea unipersonal. Siempre hay ciertas reglas de juego, sobre todo en materia patrimonial, que son más precisas y, tal vez, más rigurosas, en la manera de ejercitar el derecho a la libertad de empresa. Sin embargo, la vinculación es evidente.

De estas reflexiones, podemos extraer las siguientes conclusiones sobre la libre iniciativa privada:

- Es un derecho constitucional amparable por las garantías constitucionales.
- Contiene un elemento de libertad y otro de ejercicio de actividad económica. Se rige, por tanto, por las reglas generales de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohibe.
- Tiene vinculación conceptual estrecha con la libertad de competencia en la medida que la libre iniciativa de todos confluye en el mismo mercado bajo forma competitiva. No se puede entender la una sin la otra.
- La libre iniciativa tiene entre una de sus especies la libertad de empresa aunque esta última contiene también particularidades pues tiene que ver con la relación entre el ser humano y la persona jurídica que es la empresa.

El Decreto Legislativo 757 del 08 de Noviembre de 1991 que con-

---

(102) OCHOA CARDICH, César. *Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 90.

tiene la ley marco para la inversión privada en el Perú, trae la siguiente definición de iniciativa privada:

«Decreto Legislativo 757, artículo 3.- Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las leyes».

Es una definición genérica y no contiene demasiadas precisiones, pero permite mantener los elementos que hemos señalado antes sin conflicto alguno.

103.2 La economía social de mercado

La economía social de mercado es un principio de organización de la vida económica del país que tiene un contenido jurídico y una significación hermenéutica dentro de lo que contemporáneamente se llama *Constitución económica* y cuya historia traza en grandes pinceladas Fernández Segado en esta cita:

> Como entre nosotros recuerda Lojendio, ya en 1932, en Alemania, Beckerath, en su notable trabajo «Politsche und Wirtschafstverfassung» concebía la «constitución económica» como ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como de la organización y la técnica de la producción y distribución. Aunque la expresión provocó cierta resistencia por parte de los juristas (Carl Schmitt llegó a considerarla un concepto aberrante) con el paso del tiempo, se impuso plenamente la necesidad de una ordenación jurídica de la economía, marcada por un intervencionismo estatal en el ámbito de una economía de mercado (103).

---

(103) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El régimen socio-económico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español.* En *Derecho y Sociedad.* Lima, Asociación Civil Derecho y Sociedad. N° 10, 1995, p. 84.

Tratar de precisar el significado de este concepto es importante por el valor hermenéutico que tiene: servirá luego como criterio para tomar determinaciones en la solución de problemas jurídico-económicos, cuando las demás variables del problema no permitan delimitar adecuadamente la significación jurídica de la solución a darse.

Clapham dice sobre ella:

> La Economía Social de Mercado no constituye un sistema dogmático o cerrado en cuanto intenta combinar la libertad económica en el mercado con el equilibrio social la denominamos un «sistema abierto» y con esto queremos expresar lo siguiente: Sobre la base de unos pocos principios, es decir: la libertad, la competencia a través del mejor rendimiento, la justicia social y la seguridad social, se han establecido reglas e instituciones consistentes de las cuales esperamos la solución óptima de los problemas económicos y sociales de nuestra sociedad. Dichas reglas e instituciones deberán ser revisadas siempre de nuevo a la luz de nuevas experiencias. Bajo ciertas circunstancias —pero sin perjuicio de los principios fundamentales— deberán ser modificadas o ampliadas. Esto significa que el sistema de la Economía Social de Mercado es abierto y permite que se encuentren las respuestas adecuadas y objetivas a retos nuevos que se presentan (104).

La economía social de mercado, por consiguiente, es un *sistema de libertad económica y equilibrio social* según lo entiende este autor. Es también un *sistema abierto* y no dogmático que analiza los problemas que se presentan, las nuevas experiencias, y en función de ellas diseña nuevos equilibrios. Desde luego, dichos equilibrios ocurren entre los elementos que el propio autor da:

- Libertad.
- Competencia

---

(104) CLAPHAM, Ronald. *La economía social de mercado como sistema político-ordenador*. VARIOS AUTORES. *Economía social de mercado. Coloquio Peruano-Alemán*. Lima, Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana, 1979, p. 77.

- Justicia social.
- Seguridad social.

De manera que, cuando menos desde la perspectiva alemana de la economía social de mercado, debemos preguntarnos en torno a ella por el equilibrio que en relación a estos cuatro componentes, guarda la organización económica de la sociedad en sus diferentes momentos.

Luego, nuestro autor continúa de la siguiente manera:

> Para la economía de mercado socialmente comprometida, la dimensión social es una parte integrante. Es por esto que los objetivos sociales y distributivos se ubican en el mismo nivel que la eficiencia económica.
>
> Los problemas sociales en una sociedad no pueden solucionarse únicamente con un mercado que funciona bien, con un orden monetario estable o con una política de estabilidad y crecimiento que esté acorde con el mercado. Su solución precisa igualmente de medidas complementarias para lograr el equilibrio social, así como también de medidas de tipo institucional para propiciar la cooperación social. Si bien es cierto que toda política económica de mercado es al mismo tiempo en el sentido más amplio una política de carácter social, sin embargo se precisa de normas e instituciones socio-políticas específicas que contribuyan a la solución del problema social en la sociedad. La combinación del mercado con el equilibrio social es lo que caracteriza la Economía Social de Mercado (105).

Para que exista economía social de mercado no basta con el *mercado* aunque éste es un elemento indispensable. Tiene que haber un componente *social* que busca el equilibrio y que contiene medidas institucionales para propiciar la cooperación social. El mercado es en su sentido

---

(105) CLAPHAM, Ronald. *La economía social de mercado como sistema político-ordenador*. VARIOS AUTORES. *Economía social de mercado. Coloquio Peruano-Alemán*. Lima, Cámara de Comercio e Industria peruano-alemana, 1979, p. 71.

amplio una política social pero requiere ser *equilibrado* con instituciones sociopolíticas específicas para este fin. En otras palabras, el mercado debe ser corregido en sus extremos:

> Dentro del concepto de orden se parte de la premisa de que los resultados del mercado son susceptibles de ser corregidos. Se reconoce la necesidad de operar correcciones en la distribución. El correctivo social no debe ser interpretado tan sólo como una reacción, sino como un elemento activo. Las controversias no se encienden en el «si» de una política redistributiva sino más bien en el «cómo», es decir, en especial en sus alcances y en su implementación. Tal como el mercado está sujeto a un orden, así también la corrección distributiva de los resultados del mercado deberá ser ordenada (106).

Una de las correcciones importantes del mercado debe ser la distribución. Para nuestro autor no está en discusión si se debe o no hacer redistribución, sino cómo debe ser hecha. En todo caso, es indispensable que así como el mercado tiene un orden, la corrección de los defectos de distribución también sea ordenada. ¿Y sobre qué debe versar esta corrección en la distribución?:

> La política de equilibrio social tiende hacia una distribución más equitativa de ingresos y de bienes. Obedece al principio de distribución justa de acuerdo al rendimiento (por ejemplo: igual remuneración por ejercer igual actividad, no-discriminación por sexo u origen étnico). Además se deberá procurar del punto de vista de justicia social, que se aumenten las oportunidades para los menos favorecidos en la vida (por ejemplo, fomentando la acumulación de patrimonio en manos de las capas pobres de la sociedad, facilitando su acceso a las instituciones educativas). La política redistributiva deberá mantenerse alejada del límite —aunque éste sea difícil de

---

(106) CLAPHAM, Ronald. *La economía social de mercado como sistema político-ordenador*. VARIOS AUTORES. *Economía social de mercado. Coloquio Peruano-Alemán*. Lima, Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana, 1979, p. 71.

precisar— donde empieza a ser frenada la voluntad de producir rendimientos individuales" (107).

La corrección de la distribución opera sobre el acceso a los bienes y a los ingresos en la sociedad y trata de compensar a los menos favorecidos, no tanto dándoles lo que necesitan, sino tratando de generar las condiciones para que puedan ponerse en pie de igualdad en el mercado de competencia. Los ejes de la corrección de distribución deberán ser no discriminación; igual remuneración por igual trabajo; capitalización de las capas sociales inferiores; acceso a educación. El límite será no destruir la voluntad de obtener mayores rendimientos individuales, se entiende en los sectores superiores de los que se extrae la porción que se redistribuye. Desde luego, esta redistribución deberá ser hecha de tal manera que se estimule el desarrollo personal y no el carácter asistencialista del proceso. En especial, hay que cuidar que el Estado no devenga en una institución de beneficencia:

> Para protegerse de los riesgos en la vida y tomar previsiones para el futuro, se deberán conservar inalteradas, lo más que fuera posible, la iniciativa privada y la auto-ayuda. Se trata de ponerle límite a la propagación del pensamiento que concibe al Estado como una oficina de asistencia social, y por tanto también a la extensión del Estado social. Para citar un ejemplo: Es perfectamente posible lograr que se complementen adecuadamente el fomento a la acumulación de patrimonio en manos de los trabajadores con la seguridad económica del individuo que brindan las instituciones del seguro social (108).

El caso español es especialmente interesante porque la Constitución

---

(107) CLAPHAM, Ronald. *La economía social de mercado como sistema político-ordenador*. VARIOS AUTORES. *Economía social de mercado. Coloquio Peruano-Alemán*. Lima, Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana, 1979, p. 73.

(108) CLAPHAM, Ronald. *La economía social de mercado como sistema político-ordenador*. VARIOS AUTORES. *Economía social de mercado. Coloquio Peruano-Alemán*. Lima, Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana, 1979, pp. 73-74.

de dicho país habla no de una *economía social de mercado* sino, directamente, de una *economía de mercado*. Dice el artículo 38 de la Carta española:

"Constitución Española, artículo 38.- Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

Fernández Segado comenta al respecto:

"La constitucionalización de la libertad de creación y establecimiento de industria y comercio, que no otra cosa significa la libertad de empresa, adquiere su sentido peculiar por la inserción de esa libertad «en el marco de la economía de mercado».

Nuestra norma suprema se pronuncia de esta forma de modo más decidido e inequívoco que la mayoría de los textos de otros países de nuestro entorno en pro de la economía de mercado. Pensemos que, por ejemplo, la Constitución Italiana (artículo 41) sujeta el desarrollo de la iniciativa económica privada a que la misma no se oponga a la utilidad social, y a que no cause daños a la seguridad, la libertad y la dignidad humanas. Y en Alemania, aunque la Ley Fundamental de Bonn no contiene un precepto análogo, la doctrina, generalizadamente, entiende que del citado texto se desprende un sistema de «economía social del mercado». Nipperdey ha llegado aún más lejos al sostener que la «Bonner Grundgesetz» impone a la República Federal, como único sistema económico admisible, la economía del mercado en su forma de «economía social de mercado» es decir, con un enérgico contenido social" (109).

Y continúa luego:

---

(109) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El régimen socio-económico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español.* En *Derecho y Sociedad.* Lima, Asociación Civil Derecho y Sociedad. N° 10, 1995, p. 85.

Nuestra Constitución se limita a aludir a la economía de mercado». Aclaremos ante todo que la «economía de mercado» no es un derecho ni libertad ciudadana; es simplemente un sistema económico, un marco económico en el que se ha de ejercitar la libertad de empresa, elemento importante de tal sistema, si bien, desde luego, no el único.

[...]

Ahora bien, pensar que nuestra «Lex Superior» ha resucitado las viejas leyes mecánicas de autorregulación de la economía sería perder de vista la realidad constitucional y aún el conjunto normativo de nuestro código político. Y es que el precepto no puede aislarse de su contexto normativo. Bien por el contrario, el artículo 38 se conecta muy directamente con otros de la Constitución y, señaladamente, con el artículo 128, que reconoce la inicitativa pública en la actividad económica, y con el artículo 131, que se refiere a la posibilidad de que el Estado pueda planificar la actividad económica general. En la interpretación conexa con los anteriores, el artículo 38, como ha reconocido el Tribunal Constitucional (STC 37/1981, de 16 de noviembre), viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad (110).

De manera tal que aún la concepción de economía de mercado que tiene España, puede ser regulada bien con la intervención de la actividad económica del Estado, bien mediante mecanismos de planificación de naturaleza indicativa y no centralizada.

El artículo 128 de la Constitución española dice:

Constitución Española, artículo 128.-

---

(110) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El régimen socio-económico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español.* En *Derecho y Sociedad.* Lima, Asociación Civil Derecho y Sociedad. N° 10, 1995, p. 85.

1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general".

Por su parte, el artículo 131 señala:

"Constitución Española, artículo 131.-

1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley".

Y Fernández Segado concluye diciendo:

En definitiva, es claro, a nuestro modo de ver, que la Constitución opta de modo muy rotundo por el marco socio-económico de la economía de mercado, proclamado incluso con mayor rontundidad de lo que es habitual en otros textos constitucionales de la segunda postguerra, si bien, al unísono, deja abiertos márgenes lo suficientemente amplios como para canalizar ese carácter «social» que nuestra economía de mercado indiscutiblemente debe tener, aunque el término no haya sido incorporado para adjetivar el sistema de «economía de mercado». De hecho, puede perfecta-

mente hablarse en nuestro código constitucional de una «economía social de mercado» (111).

Podemos apreciar que en la concepción de *economía de mercado* española, no hay un tinte exclusivamente liberal y decimonónico, de regulación por mano invisible del mercado. A la definición general del artículo 38, hay que añadir necesariamente las normas de los artículos 128 y 131 para tener una visión completa y sistemática del tratamiento del tema. Si bien la economía de mercado española resalta la competencia y la iniciativa libre, también aplica instrumentos de control de equilibrio y de redistribución, como ya vimos se hacía en el caso alemán. Los principales elementos españoles son los siguientes:

- El artículo 38 exige que los poderes públicos garanticen y protejan el ejercicio de la libertad de mercado en defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

- El artículo 128 establece que toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. El interés general tiene una clara tonalidad de consideración de los intereses sociales. Es decir, a pesar de que la economía es de mercado a secas, el interés general está presente en la definición constitucional.

- Según el mismo artículo 128, existe iniciativa pública en la actividad económica, es decir, la posibilidad de reservar por ley al sector público determinadas ramas de actividad económica. Inclusive, puede existir intervención de empresas por interés general.

- Se puede establecer mecanismos de planificación que, de forma indicativa, buscarán atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

---

(111) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El régimen socio-económico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español.* En *Derecho y Sociedad.* Lima, Asociación Civil Derecho y Sociedad. N° 10, 1995, p. 84.

Esto hace decir a Ruiz lo siguiente, en un trabajo publicado sobre España pero en lengua italiana:

> «Sin duda, la tradicional ausencia del concepto de «economía de mercado» dentro del constitucionalismo español, hace difícil una precisa delimitación del contenido de la formulación empleada. Por otro lado, una delimitación concreta del significado constitucional no es ciertamente favorecida por el hecho que pueden considerarse válidas, en principio, no menos de tres versiones de la expresión «economía de mercado», entendida bien como economía «libre» de mercado, bien como economía «social» de mercado o, en fin, como economía «planificada» de mercado. Esta opinión encuentra apoyo en la jurisprudencia misma del Tribunal Constitucional español el que, en uno de sus primeros pronunciamientos reconocía la triple opción contenida en el artículo 38: «La referencia a la libre empresa en el marco de una economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía de intervención estatal y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa» (112).

De esta manera, podemos considerar que la economía social de mercado, en base a los elementos comparados que hemos recogido, puede ser caracterizada de la siguiente manera:

- Le son esenciales la libre iniciativa privada y la libertad de competencia dentro de un mercado abierto.
- Sus elementos de libertad deben ser complementados con los de justicia social y seguridad social.
- Libre iniciativa, mercado, justicia social y seguridad social deben actuar equilibradamente entre sí de manera tal que, corrigiendo los

---

(112) RUIZ, Gerardo y RUIZ, Rico. *La libertá di impresa nella costituzione economica spagnola: con particolare riguardo al principio di libera concorrenza.* En VARIOS AUTORES. *Costituzione economica e libertá di concorrenza. Modelli europei a confronto (a cura di Luca Mezzetti).* Torino, G. Giappichelli editore, 1994., pp. 42-43. (Tanto el texto de la cita como la referencia entrecomillada a la sentencia del Tribunal Constitucional español han sido traducidas por nosotros del italiano).

problemas que se enfrente en la realidad, busquen la participación de todos en las condiciones más equitativas posibles, tanto en la generación de la riqueza como en su distribución.

- Al equilibrar los elementos de libertad con los de justicia y seguridad, el Estado debe ser un promotor de la iniciativa de los menos favorecidos, antes que una entidad de beneficencia.
- La economía social de mercado admite la posibilidad (y en algunos casos inclusive la necesidad), de la planificación indicativa, de la participación del Estado en la actividad económica y eventualmente de la reserva de ciertas actividades económicas para el sector público
- También puede admitir la intervención excepcional del Estado en la actividad empresarial para corregir problemas que no puedan solucionarse de otra manera.
- El interés general es un parámetro con el que hay que medir a la economía social de mercado.
- En todos estos aspectos, lo más importante es evitar los dogmatismos y establecer los correctivos más convenientes a cada momento.

La economía social de mercado, por consiguiente, tiene una serie de componentes de política pública que es preciso tratar con cuidado, integral y equilibradamente. La economía social de mercado no es puro liberalismo ni manejo automático de la economía por las fuerzas del mercado, sin correcciones ni ajustes.

Es muy importante recordar que, según la cita de Ruiz, el propio Tribunal Constitucional español considera que, en su *economía de mercado*, pueden existir bien una economía plenamente liberal, bien una economía con intervención estatal, y bien una economía indicativamente planificada. Ello será tanto más aplicable a una economía que, como la peruana, es no sólo de mercado sino también *social* (de mercado).

Todas estas ideas son bien resumidas por Clapham en la siguiente cita:

> Dicho novedoso concepto se basa en dos principios del liberalismo económico. Estos son el individualismo como punto de partida que postula la libertad del hombre y comprende el derecho

de disponer libremente de la propiedad privada, y el otro principio es el de la competencia al que se le considera como instrumento rector. Sin embargo, se traza una clara línea divisoria que lo diferencia del liberalismo económico clásico y por consiguiente también del sistema económico capitalista. La diferencia consiste en primer lugar en que ahora se entiende el orden de la economía de mercado como un sistema de reglas e instituciones organizado por el Estado de manera consciente, con un objetivo determinado, sistema que se construye de acuerdo a los conceptos de un orden liberal y social. Consecuente con esto, al Estado liberal se le asignan funciones ordenadoras y rectoras. Estas funciones constituyen y garantizan las condiciones jurídicas básicas de la Economía Social de Mercado y contribuyen a que el desarrollo del proceso económico no sea obstaculizado. En segundo lugar, la diferencia entre la Economía Social de Mercado y la economía capitalista de mercado radica en que la primera ubica los objetivos sociales en el mismo nivel que los objetivos económicos de la eficiencia. En este sentido se trata de encontrar un equilibrio en lo social desde el punto de vista material, pero igualmente se busca un equilibrio entre las fuerzas económicas. La participación de los trabajadores en los procesos de generación de una voluntad colectiva y de la toma de decisiones en la economía que se ejerce dentro del marco de la cogestión legalmente garantizada, constituye igualmente una de las características de este nuevo modelo de economía de mercado. Y finalmente hay una tercera diferencia: El Estado está obligado a practicar una política económica activa, y en especial una política de estabilidad y de crecimiento, empleando necesariamente medios conformes con la situación del mercado (113).

103.3 El rol del Estado en la economía social de mercado

Luego de lo indicado hasta aquí, puede verse que el Estado no se halla ausente de la economía social de mercado y que puede intervenir en

---

(113) CLAPHAM, Ronald. *La economía social de mercado como sistema político-ordenador*. VARIOS AUTORES. *Economía social de mercado. Coloquio Peruano-Alemán*. Lima, Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana, 1979, p. 56

ella, si bien respetando y estimulando hasta donde sea posible la libre iniciativa privada y el derecho a la competencia.

La economía de mercado requiere también equilibro social, redistribución y promoción de los menos favorecidos para ponerse en condiciones de competencia con los demás. En todos estos aspectos la intervención del Estado es esencial. Sin embargo, no debe ser una intervención sesgada, desordenada, o dirigida por intereses subalternos. Su norte debe ser buscar la existencia de las leyes del mercado, de la iniciativa particular, de la competencia y, dentro de ellas, efectuar las correcciones indispensables. Dice Faltlhauser:

> Donde el Estado entra a actuar, esto ya ha sido expuesto por el señor Tietmeyer en su ponencia introductoria. Si me permiten resumirlo brevemente:
>
> El esclareció que primeramente, al Estado le incumbe fijar los parámetros del mercado a través de las reglamentaciones sobre la competencia: la ley contra las limitaciones a la competencia, la liberalización del comercio internacional, las medidas para facilitar el acceso al mercado a través de la promoción de nuevas empresas.
>
> El segundo punto fue la creación de todo el sistema de seguridad social.
>
> En tercer lugar se trató sobre los incentivos del estado al desarrollo regional.
>
> En cuarto punto se refirió a la política del proceso económico mediante medidas y coyunturales globales.
>
> Finalmente se podría agregar la creación de condiciones fundamentales como por ejemplo para la protección del medio ambiente, igualmente por parte del Estado (114).

---

(114) FALTLHAUSER, Kurt. *La función del Estado en la economía social de mercado*. En VARIOS AUTORES. *Economía social de mercado. Coloquio Peruano-Alemán*. Lima, Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana, 1979, p. 254.

Por su parte, Ochoa considera que la planificación indicativa es parte de las posibilidades de la economía de mercado en el Perú:

> Dentro del régimen de «economía social de mercado» se reconoce implícitamente la viabilidad de la planificación al declararse en la norma que «el Estado orienta el desarrollo del país». Por tanto se abre la posibilidad de buscar una vía intermedia que concilie el respeto a la libre iniciativa con una orientación o rectoría del Estado en el desarrollo de país que materialice el componente social del régimen de economía de mercado (115).

Este tema es importante en el Perú porque la Constitución de 1993 suprimió la referencia que la de 1979 hacía a la planificación de la economía en su artículo 111. Esto fue interpretado en el Perú como la proscripción de formas de planeamiento público de la economía. Inclusive, el Sistema Nacional de Planificación existente desde 1962 de manera ininterrumpida, fue desactivado a principios de la década de los noventa.

Sin embargo, lo dicho hasta aquí muestra que la planificación es posible y deseable en un sistema de economía social de mercado y, como en el caso español, inclusive en una economía de mercado a secas.

Desde luego, en el Perú también puede establecerse empresas públicas aunque con las restricciones establecidas en el artículo 60, que comentamos en su oportunidad.

La parte final del artículo 58 que comentamos, permite, además, que el Estado actúe en las áreas siguientes:

- Promoción del empleo, es decir, realizando actividades y disponiendo recursos que generen nuevos puestos de trabajo. El Estado no puede desentenderse del desempleo que exista en la sociedad, ni tampoco dejar su solución al puro ejercicio de las fuerzas del mercado por sí mismas. La generación de empleo es una responsabili-

---

(115) OCHOA CARDICH, César. *Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993. La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 90.

dad de la tarea de gobierno. Este deber del Estado concuerda con las normas de derecho al ejercicio libre del trabajo (artículo 2 inciso 15 de la Constitución) y del trabajo como un derecho y como un deber (artículo 22 de la Constitución)

- Promoción de la salud. Recordemos en este ámbito que el artículo 9 de la Constitución manda que el Estado determine la política nacional de salud y que el Poder Ejecutivo norme y supervise su aplicación, la diseñe y conduzca en forma plural y descentralizada para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios. La aplicación de este artículo 9 y del 58 en la parte que comentamos debe hacerse concordantemente y, por consiguiente, emerge con claridad la responsabilidad del Estado de prestar servicios de salud para cumplir la finalidad de acceso de todos.

- Promoción de la educación. Hemos visto la importancia que esta medida tiene para dar equiparidad de posibilidades a todas las personas de la sociedad en un contexto de competencia. El Estado ha asumido la responsabilidad de la educación obligatoria gratuita hasta el nivel secundario, y también el ofrecer educación gratuita superior a los que no puedan pagarla. Las normas están en el primer párrafo del artículo 17 de la Constitución.

- Promoción de la seguridad que, en el ámbito económico, debe entenderse como la seguridad social, según hemos visto en las páginas anteriores. En este sentido, también corresponde al Estado brindar servicios de seguridad social dentro del espíritu de los artículos 10 a 12 de la Constitución: el reconocimiento del derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social y el acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas. En materia de seguridad social deberá existir, por consiguiente, actividad estatal donde sea necesaria para lograr acceso equitativo.

- Promoción de los servicios públicos esenciales en los cuales podrá tener la colaboración del sector privado. No obstante, corresponde al Estado suplir aquellos que el sector privado no asuma o no brinde con cobertura adecuada.

- Promoción de la infraestructura física del país, en la que generalmente la inversión privada es restringida. En otras palabras, podrá facilitar el ingreso de las empresas privadas a la infraestructura donde ellas decidan invertir, pero también deberá asumir por sí mismo los sectores en los que el capital privado no entre y que sean esenciales. Carreteras y caminos, puertos y aeropuertos están entre los de mayor urgencia a lo largo y ancho del país.

En definitiva, el Estado tiene un papel que cumplir en la Economía Social de Mercado, regulando y estableciendo controles para equilibrar los diversos elementos que intervienen. Lo dice Predrieri en este párrafo:

> El Estado de nuestros días, nuestro Estado, no es sólo la organización necesaria, que, con el monopolio de su fuerza se sitúa como garante de un ordenamiento jurídico sin el cual no puede haber mercado o contrato, que interviene sólo para asegurar el respeto a las reglas del juego que el mercado, o la sociedad o los grupos sociales, fijan en vía autónoma en el ámbito mínimo de los derechos de propiedad, del contrato y de la responsabilidad civil, sin los cuales no puede existir mercado. En una época en la que Estado y sociedad y Estado y economía se caracterizan por una compenetración continua, difusa, recíproca, es el Estado el que determina, o concurre a determinar, aquellas reglas de su interés conformando el comportamiento del operador; esto es, en el interés del poder político, para intereses que considera e impone como generales. Es el Estado quien actúa como regulador, como encargado, como operador, como promotor directo o indirecto, como catalizador de procesos económicos (116).

103.4. Leyes sobre liberalización del mercado

Durante los años noventa, el Estado peruano ha dictado numerosas leyes de liberalización del mercado, en consonancia con las reglas de economía social de mercado, libre iniciativa privada y derecho a la com-

---

(116) PREDRIERI, Alberto. *Estado y Mercado.* En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales.* N° 17. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Enero-abril 1994, p. 36.

petencia. No corresponde en este trabajo comentarlas sino sólo consignarlas. Las principales fueron las siguientes:

- Decreto Legislativo 662 del 02/09/1991
  Aprueba régimen de estabilidad jurídica a la inversión extranjera.

- Decreto Legislativo 709 del 05/11/1991
  Ley de promoción a la inversión privada en predios para arrendamiento.

- Decreto Legislativo 708 del 06/11/1991
  Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero.

- Decreto Legislativo 717 del 08/11/1991
  Elimina el procedimiento de inscripción en el registro único de proveedores del Estado para facilitar la inversión privada.

- Decreto Legislativo 727 del 08/11/1991
  Ley de Fomento a la inversión privada en la construcción.

- Decreto Legislativo 730 del 08/11/1991
  Dicta normas complementarias sobre la inversión privada en el sector hidrocarburos.

- Decreto Legislativo 750 del 08/11/1991
  Ley de Promoción de las inversiones en el Sector Pesquero.

- Decreto Legislativo 757 del 08/11/1991
  Aprueba la ley marco para el crecimiento de la Inversión privada.

- Decreto Legislativo 758 del 08/11/1991
  normas para la promoción de las inversiones privadas en la infraestructura de servicios públicos.

- Decreto Supremo 162-92-EF del 09/10/1992
  Reglamento de los regímenes de garantía a la inversión privada.

- Decreto Ley 25876 del 24/11/1992
  Modifica la norma que precisa que con la Ley Marco para el creci-

miento de la inversión privada concluyeron las normas, pactos o cláusulas de reajuste automático de remuneraciones...

- Decreto Ley 26095 del 29/12/1992
  Modifica las normas que regulan la Promoción de inversión privada en Telecomunicaciones.

- Decreto Ley 26096 del 29/12/1992
  Aprueba capítulos complementarios de las normas que regulan la promoción de inversión privada en Telecomunicaciones.

- Ley 26174 del 22/03/1993
  Establece el programa de migración-inversión, destinado a facilitar la naturalización de ciudadanos extranjeros que deseen aportar capital e invertir en el Perú.

- Ley 26245 del 20/11/1993
  Modifica disposición transitoria de la Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada.

- Decreto Legislativo 782 del 31/12/1993
  Aprueba beneficios tributarios para la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.

- Ley 26438 del 06/01/1995
  Precisan alcances y modifican artículos del Decreto Legislativo 674 referidos al proceso de promoción de la inversión privada.

- Decreto Supremo 32-95-EF del 23/02/1995
  Reglamento de la Garantía de Estabilidad Tributaria y de las Normas Tributarias de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

- Ley 26505 del 17/07/1995
  Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas.

- Decreto Legislativo 839 del 19/08/1996
  Ley de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y servicios públicos.

103.5. Una propuesta de reforma del tratamiento constitucional de la economía de mercado en Italia

Como conclusión del estudio de estos aspectos de la economía social de mercado, es interesante transcribir una propuesta de modificación del *artículo* 41 de la Constitución italiana, hecha por un grupo importante de constitucionalistas de dicho país en el Congreso de la Asociación de los Constitucionalistas Italianos, sostenido en Ferrara durante el 11 y 12 de octubre de 1991, con la intención de precisar mejor el significado de la economía social de mercado. Dice:

> Los artículos 41 a 47 de la Constitución son sustituidos por los siguientes:
>
> «Art. 41. (La economía social de mercado).
>
> 1.- La producción de bienes y servicios, la asignación de los recursos y la distribución de la riqueza producida se conforman a los principios y a las exigencias de una economía social de mercado.
>
> 2.- El ordenamiento jurídico reconoce y tutela, como instrumentos institucionales indispensables para la puesta en práctica de una economía de mercado, la propiedad privada extendida a los medios de producción, la libertad de contrato, la libertad de trabajo y de ejercicio de la profesión que elegidos y el principio de libre competencia.
>
> 3.- La regulación jurídica de la economía de mercado prevé que ella no se desarrolle de manera que cause daño a la seguridad, a la libertad, a la salud ni a la dignidad humana. Concilia en sí misma las exigencias de desarrollo con aquellas del respeto al ambiente y de la conservación de los recursos naturales.
>
> 4.- El ordenamiento jurídico puede prever nuevas restricciones de las instituciones del mercado y nuevos límites a las operaciones autónomas del mismo, en la medida que ello sea necesario para la protección de otros valores de rango constitucional.

5.- La política económica de la República, respetando los principios enunciados en los dos párrafos precedentes así como las normas de la Constitución relevantes para la materia, busca lograr el desarrollo equilibrado de la economía nacional. Cuando sea necesario, las leyes y las medidas económicas y financieras del Estado y de los demás órganos públicos territoriales, deben contribuir al mantenimiento de la estabilidad de los precios y a un alto nivel de ocupación. El Estado adopta las medidas correctivas necesarias cuando aparecen fenómenos que amanzan el equilibrio o el desarrollo del sistema económico (117).

El proyecto tiene las siguientes características:

- Se atiene a una economía social de mercado.
- Protege la propiedad privada de los medios de producción, la autonomía contractual, la libertad de trabajo y la libertad de trabajo, así como la competencia.
- La economía de mercado debe proteger la seguridad, la libertad, la salud y la dignidad humana, con lo que se requiere contrapesos al mercado que equilibren adecuadamente estos aspectos esencialmente sociales. También se debe proteger el ambiente y la conservación de los recursos, aspectos que corresponden a derechos humanos de última generación totalmente pertinentes.
- El libre mercado es un principio constitucional que se debe proteger, pero no prevalece sobre otros principios constitucionales igualmente importantes. La autoridad pública deberá intervenir en la economía para lograr un equilibrio entre la libertad de mercado y estos otros principios constitucionales cuando colisiones.
- La economía debe buscar el desarrollo equilibrado nacional, la estabilidad de los precios y una tasa de alta ocupación, debiendo la autoridad pública buscar los equilibrios necesarios a través de sus decisiones, para garantizar estos elementos del proceso económico nacional.

---

(117) BOGNETTI, Giovanni. *La costituzione economica italiana.* Milano, Dott.A. Giuffré Editore, 1995. p. 183. (Traducción nuestra).

Consideramos que estas ideas son sumamente interesantes de discutir y adaptar a nuestra realidad, sobre todo para evitar que los sesgos ideológicos de extremos, lleven a una concepción de la economía de mercado que privilegie las clásicas *fuerzas invisibles* sobre todo otro principio, por humano y solidario que sea. Tal vez reestudiando y discutiendo la forma de plasmar la economía de mercado en la Constitución, se pueda diseñar un sistema más equilibrado, cuando menos, que el que se ha puesto en ejecución durante los años noventa, que si bien tiene la ventaja de liberar las fuerzas de la iniciativa privada y del mercado, tiene la seria desventaja de no buscar equilibrios en un país de muchos pobres y postergados.

Pero lo más grave, en nuestro entender, es que la manera de plasmar estos principios en la Constitución de 1993, ha sido la de postergar en los textos no en el sistema jurídico globalmente considerado, las normas que permitan redireccionar y corregir los defectos de las puras fuerzas invisibles. Sería más fácil hacerlo con una Constitución más equilibrada, no sólo en lo que contiene o no como sistema, sino en lo que dice o no dice expresamente.

104. Artículo 59

> ***«Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.»***

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 declaró la libertad de empresa de la siguiente forma:

«Constitución de 1823, artículo 193.- Sin embargo de estar consig-

nados los derechos sociales é individuales de los Peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

[...]

8.- La libertad de la agricultura, industria, comercio, y minería, conforme a las leyes.

[...]".

El texto establecido por la Constitución de 1828 fue el siguiente:

«Constitución de 1828, artículo 166.- Es libre todo género de trabajo, industria ó comercio; a no ser que se oponga a las costumbres públicas ó a la seguridad y salubridad de los ciudadanos».

Normas con este tenor pueden ser ubicadas en el artículo 169 de la Constitución de 1839 y en el artículo 22 de la Constitución de 1867.

La Constitución de 1920 fue la que estableció una clara diferencia entre el derecho al trabajo y las libertades empresariales, que en los textos anteriores estaban entremezcladas. Probablemente esto se debió a que, con el desarrollo de la economía nacional, las actividades laborales y las empresariales se empezaron a diferenciar con claridad. También puede haber influido, desde luego, la mentalidad modernista que ostentaba el gobierno de entonces. Las normas fueron las siguientes:

«Constitución de 1920, artículo 45.- La Nación reconoce la libertad de comercio e industria sometida a los requisitos y a las garantías que para su ejercicio prescriban las leyes. Estas podrán establecer o autorizar al Gobierno para que fije limitaciones y reservas en el ejercicio de las industrias, cuando así lo imponga la seguridad o necesidad pública, sin que en ningún caso esas restricciones tengan carácter personal ni de confiscación».

«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».

Originalmente, la Constitución de 1920 prohibió el juego. La norma tuvo el contenido siguiente:

«Constitución de 1920, artículo 52.- Se prohibe en lo absoluto el juego de envite en la República. Los locales en que se practique serán clausurados.

Se permiten las apuestas en los espectáculos públicos".

El texto fue modificado por la Ley 6242 de 10 Setiembre de 1928, que estableció la siguiente redacción:

"Constitución de 1920, artículo 52.- Se permite las apuestas en los espectáculos públicos.

Las prohibiciones y sanciones penales a los juegos de envite y de azar quedan sujetas a las leyes especiales sobre la materia y a las disposiciones administrativas que dicte el Poder Ejecutivo».

Los artículos 40 y 42 de la Constitución de 1933 siguieron la normatividad que sobre libertades empresariales y de trabajo había dictado ya la Constitución de 1920. No estableció norma alguna sobre el juego de envite y azar pero, más bien, estableció la censura previa de los espectáculos en su artículo 65 con esta escueta disposición:

«Constitución de 1933, artículo 65.- Los espectáculos públicos están sujetos a censura».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que constituyen antecedente de éste que comentamos son los siguientes:

"*Artículo 110.- El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del*

trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.

El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores".

"*Artículo 116.- El Estado promueve y protege el libre desarrollo del cooperativismo y la autonomía de las empresas cooperativas.*

Asimismo estimula y ampara el desenvolvimiento de las empresas autogestionarias, comunales y demás formas asociativas".

"*Artículo 131.- El Estado reconoce la libertad de comercio e industria.*

La ley determina sus requisitos, garantías, obligaciones y límites.

Su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad públicas".

"*Artículo 135.- El Estado promueve la pequeña empresa y la actividad artesanal*".

Aquí la comparación en paralelo pierde sentido porque lo que es distinto es el enfoque global: en la Constitución de 1979 existe un Estado guardián de principios que interviene en la economía promoviendo y regulando, tanto los grandes procesos económicos, como a las empresas casi individualmente consideradas. El rol del Estado en la economía era activo y participativo.

En cambio la Constitución de 1993 asigna al Estado el rol de estimulador de la producción de riqueza y de garante de las libertades que son instrumentadas por la iniciativa privada. Los límites que establece a estas libertades son la moral, la salud y la seguridad pública como a su turno lo hacía el artículo 131 de la Constitución anterior.

Parte importante del rol del Estado en una economía liberal será la de permitir que los sectores que sufren desigualdades las superen para que puedan competir en verdadero pie de igualdad con los demás. No se trata de una promoción de ciertas empresas por ellas mismas, sino porque sufren una desventaja en la competencia: las pequeñas empresas. La Constitución de 1979, en cambio, promovía ciertas formas de propiedad por ellas mismas.

Análisis exegético

El artículo 59 establece varios deberes para el Estado en materia económica:

- Estimula la creación de riqueza y esto debe ser entendido como uno de los objetivos centrales y como un principio que guía la actuación del Estado en materia económica: no se trata de que el Estado *distribuya pobreza* como se dijo en frase de franco contenido político hace algunos años, pero que caricaturizaba bien un concepto de Estado puramente asistencialista. En el mundo contemporáneo las posibilidades de desarrollo de la producción son inmensas gracias a la acumulación de capital existente, al conocimiento tecnológico y al desarrollo de los conceptos de conducción y gerencia empresarial. En este sentido, el esfuerzo que el Estado ponga en regular, conducir y si es preciso planificar la economía, debe estar orientado fundamentalmente a producir más riqueza. Desde luego, nada de lo dicho aquí quiere decir que este sea el único objetivo de la política económica del Estado, ni siquiera que sea el que predomine sobre los demás. Ya hemos hablado del necesario equilibrio entre la economía y la seguridad social a propósito de la economía social de mercado, en base a las experiencias alemana y española. Sí queremos decir, en cambio, que la creación de riqueza es uno de los extremos indispensables de ese equilibrio de varias variables.

- El Estado garantiza la libertad de trabajo que, como ya hemos dicho varias veces, tiene dos dimensiones: la libertad de elegir el trabajo (hasta donde es posible en una sociedad pobre como la peruana), pero también el derecho (y deber) de trabajar según establece el artículo 22 de la Constitución. A su vez, el artículo 58 manda que el Estado actúe principalmente en el área de promoción de em-

pleo, entre otras. Todo esto hace que veamos al Estado comprometido en la provisión de trabajo (en especial el que cree nueva riqueza), bien a través de sus políticas hacia el sector privado o público productivo, bien a través de programas sociales que estimulen el uso de mano de obra en trabajos útiles.

- El Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria, sujeta a ciertos límites impuestos por la misma Constitución y que serán desarrollados por la ley. La libertad de empresa, comercio e industria en realidad son varias libertades expresadas bajo la forma de una sola.

  La libertad de empresa consiste en la posibilidad de manejar libremente la actividad empresarial, dentro de los marcos de la Constitución y la ley. La empresa es una entidad que toma decisiones libremente, sin ofender al Derecho. Es una libertad específica porque la vida empresarial (aún la de la empresa individual) tiene características, requisitos y procedimientos propios que deben ser respetados, sobre todo en lo que se refiere a las relaciones socio-empresa; socios entre sí; empresa con otras empresas. Este es un mundo complejo de relaciones y normas que el abogado inmediatamente reconoce.

  La libertad de comercio tiene que ver con la libre circulación de bienes y servicios, incluido el dinero. Es una libertad también específica porque la circulación puede presentar diversos problemas de naturaleza jurídica: ingreso legal o ilegal de mercancías de un país a otro; problemas tributarios provenientes de las transacciones; problemas de propiedad de los bienes que circulan; problemas de registro; responsabilidades por los bienes materia de la transacción; problemas de daños y perjuicios variados provenientes de alteraciones en el debido cumplimiento de las obligaciones de unas partes con otras, etc. Son asuntos específicos vinculados a esta libertad, que requieren un tratamiento jurídico especial y distinto.

  La libertad de industria, que es la referida a la producción de bienes. Nuevamente, aquí hay multitud de aspectos jurídicos a revisar, provenientes de la licitud o ilicitud de determinados productos; de las calidades frente al consumidor; de la propiedad industrial en sus

diversas facetas, etc. La producción de bienes es libre pero presenta problemas que el Derecho debe tratar de manera sistemática para no perjudicar ni a los individuos ni a la sociedad.

Las libertades de empresa, comercio e industria tienen mucho que ver con la libre iniciativa privada que, como vimos en el comentario al artículo 58, es el género de todas ellas. También tienen que ver con la economía de mercado porque su verdadera realización puede suceder dentro de un mercado que, con los correctivos del caso, funciona en lo esencial con sus propias reglas. De estos parentescos nos habla Ruiz, a propósito del artículo 38 de la Constitución Española:

«[...] el artículo 38 reúne dos aspectos complementarios de la libertad de empresa: aquel que la reconoce como un ámbito de autonomía del individuo y aquel que se refiere sus aspectos institucionales. A través del primero se confiere a cada ciudadano un «derecho de libertad», dotado de un núcleo «que ni siquiera el legislador puede tocar» (STC 37/1981, del 16 de noviembre) y directamente reclamable mediante acción ante los tribunales (STC 16/1982, del 28 de abril). En la segunda acepción, la libertad de empresa es reconocida en su dimensión institucional, es decir, como el marco objetivo en el que se garantiza el ejercicio autónomo del derecho individual. La extensión del contenido esencial de la libertad de empresa, en su dimensión puramente estructural (la economía de mercado) tiene la función de asegurar la viabilidad y la consolidación del modelo económico. (118).

Y también existe un vínculo innegable entre libertad de empresa y libertad de competencia dentro del mercado porque, como vimos al analizar la libre iniciativa en el artículo anterior, la competencia no es sino el ejercicio de la libre iniciativa de todos (o de todos los que quieren parti-

---

(118) RUIZ, Gerardo y RUIZ, Rico. *La libertá di impresa nella costituzione economica spagnola: con particolare riguardo al principio di libera concorrenza.* En VARIOS AUTORES. *Costituzione economica e libertá di concorrenza. Modelli europei a confronto (a cura di Luca Mezzetti).* Torino, G. Giappichelli editore, 1994, p. 47-48. (Traducción nuestra).

cipar) dentro del mercado. Esto ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional español:

«[...] el Tribunal pone en evidencia el vínculo que existe entre la libre competencia y la libertad de empresa y, de forma muy explícita, señala la plena legitimidad constitucional de las medidas de orden público dirigidas a asegurarla. Esta orientación jurisprudencial dada en la resolución 88/1986, refuerza la idea del valor integrativo atribuible al principio de la competencia respecto del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, con argumentos que subrayan la importancia que todo ello reviste para un modelo económico de mercado:

«El reconocimiento de la libertad de empresa, y la obligación de proteger su ejercicio por los poderes públicos, según el segundo párrafo del artículo 38, presupone la necesidad de una acción específicamente dirigida a la defensa de dichos objetivos constitucionales. Y una de las posibles decisiones a tomar consiste en evitar cualquier medida que pueda influir o dañar de manera seria, a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como el de la competencia entre empresas. Por lo dicho, la defensa de la libre competencia es tal, es decir una defensa, y no una restricción ni de la libertad de empresa ni de la economía de mercado»» (119).

- Las libertades de empresa, comercio e industria están sujetas a ciertos límites: su ejercicio no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas.

  La moral puede ser entendida como la que puede apreciarse en el sentimiento promedio de la población para distinguir lo malo de lo bueno, y teniendo en cuenta también los principios asentados del Derecho, particularmente los derechos humanos.

---

(119) RUIZ, Gerardo y RUIZ, Rico. *La libertá di impresa nella costituzione economica spagnola: con particolare riguardo al principio di libera concorrenza.* En VARIOS AUTORES. *Costituzione economica e libertá di concorrenza. Modelli europei a confronto (a cura di Luca Mezzetti).* Torino, G. Giappichelli editore, 1994., p. 54. (Traducción nuestra).

No siempre será fácil distinguir lo moral de lo inmoral. En estos casos la duda deberá favorecer a la libertad. Desde luego, estamos hablando de una duda real y a la que se llega con buena fe.

Las libertades no pueden ir contra la salud de las personas. Hay aspectos que son claramente contrarios a ella como el tráfico de drogas, o el daño al entorno ambiental. Hay otros casos más discutibles, por lo menos en términos sociales, como el uso de tóxicos tolerados: alcohol y tabaco son tal vez los mejores ejemplos. Hay que recordar que, según el artículo 8 de la Constitución, el Estado regula el uso de tóxicos sociales.

La seguridad pública es la garantía de que las personas no sufrirán daños provenientes de su vida cotidiana en la sociedad. Los envenenamientos o intoxicaciones públicos; el peligro físico de ser muerto o herido, etc., son atentados contra la seguridad pública que pueden provenir del ejercicio de estas libertades.

La existencia de limitaciones al ejercicio de estas libertades no es exclusiva del Perú. Existe en todos los países. Dice Fernández Segado:

"[...] el Tribunal sí que ha acotado negativamente la libertad de empresas del artículo 38, al precisar que en este artículo no se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo «el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden» (STC 83/1984, de 24 de julio). Este pronunciamiento, es de interés recordarlo, se produjo con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad promovida contra la previsión de la Base XVI de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional, de 1944, en cuanto que disponía que «queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia», previsión constitucionalmente legítima según nuestro interprete supremo de la Constitución" (120).

---

(120) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El régimen socio-económico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español.* En *Derecho y Sociedad.* Lima, Asociación Civil Derecho y Sociedad, N° 10, 1995, p. 85.

- Finalmente, el Estado debe brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren desigualdades y, en este sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

  Como ya hemos visto antes, es tarea del Estado velar que todos tengan las mismas oportunidades en una sociedad de competencia. La primera tarea es brindar una educación de calidad y suficiente para preparar a las personas para el trabajo. Pero además, debe colaborar a la capitalización de las pequeñas empresas, que son entidades económicas de bajo costo de inversión por puesto de trabajo y que, además, permiten canalizar muchos de los esfuerzos y la creatividad de cada persona en el contexto social.

  Las oportunidades que brinde el Estado deben consistir en el propulsar a las personas a seguir su iniciativa y no debe ser un mecanismo de redistribución asistencial que las acostumbre a recibir. Sin embargo, tan importante como la competencia y la iniciativa libre, es también el desarrollo de estas responsabilidades, particularmente en un país del grado de pobreza que tiene el Perú.

Queda por decir en relación a este artículo que, durante los años noventa, se ha dictado varias leyes vinculadas al ejercicio de la libertad de empresa, comercio e industria. Algunas de las reseñadas a propósito del comentario al artículo 58 cumplieron también este papel. A ellas debemos añadir las siguientes:

- Ley 25322 del 10/06/1991
  Sustituye el artículo 6 de la Ley 24062 que define a la Pequeña Empresa Industrial.

- Decreto Legislativo 648 del 17/07/1991
  Dispone medidas que permitan la inversión privada en el transporte aéreo.

- Decreto Legislativo 649 del 19/07/1991
  Establece medidas para la promoción de inversiones privadas en las empresas regionales de servicio público de electricidad.

- Decreto Legislativo 655 del 07/08/1991

Modifica y dicta normas sobre la inversión privada en el sector hidrocarburos.

- Decreto Legislativo 663 del 02/09/1991
  Aprueba el programa de migración-inversión.

- Decreto Legislativo 674 del 27/09/1991
  Aprueba la Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado.

- Decreto Legislativo 682 del 20/10/1991
  Establece que las medidas de libre comercio no excluyen el cumplimiento de las disposiciones destinadas a preservar el patrimonio genético de cultivos y de la flora y fauna silvestres.

- Decreto Legislativo 693 del 05/11/1991
  Ley de promoción de inversiones en el Sector Eléctrico

- Decreto Legislativo 696 del 05/11/1991
  Ley de Promoción a la inversión privada en acciones de renovación urbana.

- Decreto Legislativo 697 del 05/11/1991
  Ley de Promoción a la inversión privada en el campo de Saneamiento

- Decreto Legislativo 702 del 05/11/1991
  Normas que regulan la promoción de inversión en telecomunicaciones.

- Decreto Legislativo 705 del 05/11/1991
  Ley de promoción de microempresas y pequeñas empresas

105. Artículo 60

«Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

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

"*Artículo 112.- El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características*".

"*Artículo 113.- El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo*".

"*Artículo 144.- La ley especifica las normas de organización, funcionamiento, control y evaluación de las empresas del Estado*".

Ambas Constituciones reconocen el pluralismo económico y lo entienden como la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sin embargo, en torno a las empresas públicas la diferencia es significativa: mientras la Constitución de 1979 dice que tienen por finalidad promover la economía, prestar servicios públicos y alcanzar objetivos de desarrollo, la Constitución de 1993 es significativamente más restrictiva al permitir la empresa estatal sólo subsidiariamente y en caso de alto interés público. Señala el párrafo final que la actividad empresarial recibe igual trato al margen de su naturaleza pública o privada.

Indudablemente, la Constitución de 1979 pretendió convertir a las empresas públicas en piezas claves del proceso económico y de desarrollo. La Constitución de 1993 prefiere la pluralidad con igualdad de trato y, como vimos al comentar el artículo anterior, sólo con trato especial a las empresas que tienen desigualdad para competir, con lo que promueve a las pequeñas empresas.

Análisis exegético

El artículo contiene tres partes: la primera está referida al pluralismo económico; la segunda a la existencia de empresas públicas y, la tercera, a la igualdad de trato a la empresa pública y no pública.

El pluralismo económico consiste en dos cosas que resultan complementarias entre sí:

- De un lado el reconocimiento que pueden existir distintos tipos de empresa, lo que forma parte de la libertad que sobre este tema ya hemos analizado a propósito del artículo anterior. Todas las formas empresariales reconocidas en el Derecho serán utilizables a iniciativa privada de los interesados: empresas comerciales de diverso tipo, empresas unipersonales, cooperativas, empresas públicas con la limitación del segundo párrafo, etc.

- De otro lado, el principio de que todas ellas recibirán trato equitativo del Estado según su naturaleza y en los más diversos campos: económico, laboral, tributario, administrativo, etc. Trato equitativo no equivale a decir trato igual: pueden establecerse diferencias por la naturaleza de las cosas, como autoriza el artículo 103. Un caso expresamente nombrado de diferencia es el de la pequeña empresa, que es promovida por el Estado en todas sus modalidades, según establece la última parte del artículo 59.

El pluralismo económico, en otras palabras, es una forma de los derechos de libertad y de igualdad sin discriminación. Está relacionado a lo incisos 2 y 24 del artículo 2 de la Constitución y debe ser considerado como un derecho constitucional amparable por las garantías constitucionales establecidas.

Sobre este tema ha dicho Ochoa:

> En la doctrina mercantilista el pluralismo económico se ha desarrollado bajo el concepto de igualdad jurídica entre los competidores, siendo éste uno de los pilares del derecho de la competencia. Este régimen de paridad en la competencia al que se someten tanto la empresa pública como la empresa privada constituye una garantía para la empresa privada puesto que la empresa pública ha de someterse a las reglas de juego del sector privado para sobrevivir en el mercado. Así el pluralismo y la coexistencia empresarial se interpretan en armonía con el principio de subsidiariedad del Estado (121).

Ochoa vincula el pluralismo a tres elementos: la igualdad jurídica ya visto antes; la competencia en la medida que igualdad significa concurrencia en el mercado con igualdad de condiciones; y rol subsidiario del Estado cuyo significado consiste en que el Estado interviene en la economía apoyando a los demás sectores empresariales, o realizando las tareas que ninguno de ellos realiza, pero no compitiendo directamente con ellos mediante su actividad empresarial.

El Estado sólo deja su rol subsidiario para convertirse en un agente más de la economía cuando reserva para sí ciertos ámbitos de la producción y los servicios, o cuando pone a sus empresas a desarrollar ciertos campos que considere estratégicos de la actividad económica, al margen de la existencia de empresas privadas, o del interés de ellas por asentarse en dichos ámbitos.

Compartimos, según el texto de la Constitución, las ideas dadas sobre este punto por Ochoa.

El Decreto Legislativo 757 del 08 de noviembre de 1991 que contiene la ley marco para el crecimiento de la inversión privada en el Perú, define así al pluralismo económico:

---

(121) OCHOA CARDICH, César. *Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993*. En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 89.

«Decreto Legislativo 757, artículo 5.- El Estado garantiza el pluralismo económico. Toda empresa tiene el derecho de organizarse bajo cualquier forma empresarial en la legislación nacional.

No puede limitarse el acceso directo o indirecto de los inversionistas o las empresas en que éstos participen a actividades económicas específicas, en función a la forma empresarial que adopten. Están exceptuados de esta disposición el sistema financiero de acuerdo a la ley que lo regula, y las excepciones que en el futuro se establezcan por la Ley del Congreso. Queda derogada toda disposición legal que contravenga lo dispuesto en el presente artículo.

En los casos en que la ley establezca que la explotación de los recursos naturales o la prestación de los servicios públicos deba realizarse mediante concesiones u otras formas de otorgamiento a los particulares, se respetará lo dispuesto en el presente decreto legislativo en lo que no contravenga la legislación sectorial".

Como podemos apreciar, no hay incompatibilidad entre esta norma y lo dicho anteriormente aunque cabe recordar que el Decreto Legislativo 757 fue elaborado bajo la vigencia de la Constitución de 1979 y, tal vez, requeriría ajustes ahora que la Constitución es bastante distinta en esta materia a la anterior.

En relación a la segunda parte del artículo, en buena cuenta se establece una concepción restrictiva de la actividad empresarial directa o indirecta del Estado al requerir que sea subsidiaria de la iniciativa privada, según hemos visto en los párrafos inmediatamente anteriores. El establecimiento de empresas públicas requiere ley expresa y *alto interés público de manifiesta conveniencia nacional.* Es ésta una expresión altisonante que no tiene significado específico en el Derecho Constitucional, pero que carga la intención de decir que sólo en casos muy especiales se deberá autorizar la existencia de empresas públicas. No es lenguaje técnico sino, en última instancia, emotivo.

Sobre los antecedentes de este artículo nos dice Ochoa:

> El número 21 del artículo 19 de la Constitución Chilena de 1980 es el antecedente directo del artículo 60 de la Constitución de

1993. Así, la norma Chilena declara: «el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado las autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por razones justificadas establezca la ley, la que deberá ser, asimismo de quórum calificado». En tanto que el artículo 60 de nuestro texto dispone que: «Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional». Asimismo, la norma precisa que la actividad empresarial, pública o no pública recibe el mismo tratamiento legal (122).

Consonante con esta política limitativa de la existencia de empresas públicas, el gobierno dictó el Decreto Legislativo 674 del 27 de setiembre de 1991, que contiene normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado. Sus disposiciones principales están en los dos primeros artículos que dicen:

«Decreto Legislativo 674, artículo 1.- Declárase de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado».

El significado de este artículo es el lanzamiento del proceso de privatización de las empresas públicas. Ocurrirá de las siguientes maneras:

Decreto Legislativo 674, artículo 2.- Para efectos de la presente Ley, las modalidades bajo las cuales se promueve el crecimiento de la inversión en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado, son las siguientes:

a. La transferencia al sector privado del total o de una parte de las acciones o de los activos de las empresas comprendidas en la Actividad Empresarial del Estado.

---

(122) OCHOA CARDICH, César. *Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993*. En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 88.

b. El aumento de capital de las empresas de propiedad del Estado, mediante aportes efectuados por personas naturales o personas jurídicas de derecho privado constituidas en el país o personas jurídicas o entidades de derecho público o privado constituidas en el extranjero.

c. La celebración de contratos de asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, concesión y otros similares con personas jurídicas de derecho privado constituidas en el país o personas jurídicas o entidades de derecho público o privado constituidas en el extranjero, con el objeto de incrementar la eficiencia de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado.

d. La disposición o venta de los activos de las empresas comprendidas en la Actividad Empresarial del Estado, cuando ello, se haga con motivo de su disolución y liquidación.

Cuando, de acuerdo a lo anterior, el Estado resulte, en forma directa o indirecta, con una participación accionaria minoritaria sus derechos y obligaciones se regirán exclusivamente por la Ley General de Sociedades».

De acuerdo a estas reglas, existen diversas alternativas para la privatización de las empresas públicas. Las más directas son la primera y la cuarta: venta de la empresa a los postores interesados, o liquidación y venta de sus activos.

Las intermedias son dos. La primera consiste en el incremento de capital, que significa en la práctica una sociedad de capitales entre el Estado que ya tenía su parte en la empresa pública y los nuevos accionistas que aportan los recursos frescos. En este caso el Estado no tiene otros derechos que los que la Ley de Sociedades Mercantiles le reconoce como socio, según la proporción de capital que mantenga. El Estado no tendrá privilegio alguno por su condición de tal. Para efectos de la empresa es un socio más.

La segunda forma intermedia son los contratos de diverso tipo mencionados en el inciso c. del artículo 2, que no alteran en sí la propie-

dad de la empresa (salvo en cierta manera la asociación en participación, en relación a los negocios de que específicamente trate), pero que seguramente contendrán cláusulas que reconocerán derechos especiales a las contrapartes en la conducción de la empresa y, tal vez, en la participación en los beneficios.

En síntesis, el artículo 2 del Decreto legislativo 674 ha tomado en cuenta prácticamente todas las posibilidades de transferencia onerosa de las empresas públicas al sector privado.

El párrafo final del artículo establece que no hay diferencias entre el tratamiento de la actividad empresarial pública o no pública. Esto tiene que ver con la igualdad de condiciones que las deberá hacer competir en el mercado. De esto último trata ampliamente el artículo 61 de la Constitución, siguiente en nuestro comentario.

En la igualdad de tratamiento a la empresa pública o no pública, hay que tener en cuenta que los artículos 71 y 72 autorizan determinadas limitaciones que deben ser incorporadas concordantemente a los principios señalados en este artículo 60:

- Dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder en beneficio del Estado, el derecho *así adquirido, exceptuándose* el caso de necesidad pública expresamente declarada por Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley (artículo 71 de la Constitución).

- La ley puede por seguridad nacional, establecer restricciones y prohibiciones temporales y específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes (artículo 72 de la Constitución).

106. Artículo 61

«Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de

posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823, imbuida de espíritu liberal, abolió los estancos:

"Constitución de 1823, artículo 155.- Quedan abolidos los estancos en el territorio de la República".

Al parecer, esta disposición tuvo más bien el objetivo de terminar con las prácticas restrictivas que había establecido el gobierno colonial español, porque no existen normas que regulen los mecanismos de concertación o de control del mercado para la economía en general, y será recién un siglo después que las normas correspondientes sean establecidas en el sentido que se les conoce en el Derecho Comparado.

Así, son recién las Constituciones de 1920 y 1933 las que traen normas sobre monopolios. Sin embargo, como se ve de sus textos, consideraron pertinente dejar abierta la posibilidad de que la ley estableciera ciertos monopolios cuando fueran considerados convenientes para el interés nacional:

«Constitución de 1920, artículo 50.- Se prohiben los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. Las leyes fijarán las penas para los contraventores.

Sólo el Estado puede establecer por ley monopolios y estancos en exclusivo interés nacional».

«Constitución de 1933, artículo 16.- Están prohibidos los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. La ley fijará la penas que se impongan a los contraventores. Sólo la ley puede establecer monopolios y estancos del Estado en exclusivo interés nacional».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las normas de la Constitución de 1979 que constituyen antecedentes de la que comentamos ahora son las siguientes:

"*Artículo 114.- Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reserva de dichas actividades en favor de los peruanos*".

"*Artículo 133.- Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes*".

"*Artículo 134.- La prensa, radio, televisión y demás medios de expresión y comunicación social, y en general las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio, o acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares*".

"*Artículo 153.- La actividad bancaria, financiera y de seguros no puede ser objeto de monopolio privado, directa ni indirectamente. La ley señala los requisitos, obligaciones, garantías y limitaciones de las empresas respectivas*".

Ambas Constituciones destierran el monopolio privado. Sin embargo, el artículo 153 de la Constitución de 1979 permitía, a contrario, el monopolio del Estado en la actividad bancaria, financiera y de seguros.

También la Constitución de 1979 permitía la reserva de actividades productivas o de servicios para el Estado y para los peruanos. La Constitución de 1993, en cambio, prohibe todo monopolio autorizado por ley.

El tratamiento a los medios de expresión y comunicación social y las entidades referidas a ellos, es el mismo en las dos Constituciones.

Análisis exegético

El primer párrafo del artículo trata de la libre competencia y establece que el Estado la facilita y vigila. Es fácil ver que en la medida que el Estado vigila, también facilita. Y también es cierto al contrario: si facilita debe vigilar para que no se cometan excesos con ella (que pueden ser grandes y muy dañinos).

La libre competencia no es un concepto que sea sencillo definir, por las relaciones que tiene con muchos aspectos de la economía y del Derecho. Por ello, una primera parte de este comentario estará dedicada a profundizar en su significado.

106.1 La libre competencia

Dice Bunte hablando de la libertad de competencia en Alemania:

> La libre competencia, al igual que la libertad de contrato, es sólo una forma concreta del derecho fundamental de libre actividad económica. La competencia es libre donde cualquiera puede competir con otros sujetos económicos para realizar negocios con sus contrapartes dentro de un mercado determinado. El concepto de libre competencia supone la libertad de acción y de decisión de todos los competidores dentro del proceso de cambio, donde la libertad de un competidor es relatividad por la libertad de los propios competidores y compañeros del mercado. La libre competencia asume un significado doble: De un lado cada uno debe tener la posibilidad de acceder a un mercado determinado (oferente o adquirente); el mercado debe ser abierto, en modo tal que cada potencial vendedor o adquirente tenga acceso y pueda incrementarse el número de aquellos que ya operan en el mercado. De otra parte, cada operador debe poder adoptar sus propias iniciativas y actuar libremente en el mercado» (123).

---

(123) BUNTE, Hermann-Josef. *La tutela della libertá di concorrenza in*

Los elementos que considera como característicos de la libre de competencia son los siguientes:

- Es una libertad de la actividad económica.
- Ocurre donde cada uno puede competir en un determinado mercado con otros sujetos económicos para realizar negocios.
- Supone libertad de acción y de decisión de todos los competidores en el proceso de intercambio. Sin embargo, la libertad de un competidor es relativizada por la libertad de los demás.
- Supone dos lados de la misma medalla: cada uno debe poder acceder a un determinado mercado y el mercado debe estar abierto de modo tal que todos los que pretendan, tengan acceso. De otro lado, cada competidor debe poder decidir libremente sus propias iniciativas dentro del mercado.

Pero la competencia es un fenómeno de la realidad, que tiene su propia fisonomía y, en buena cuenta, es carente de reglas. El Derecho se ocupa de ella y la legitimiza, imponiéndole ciertos límites que nadie puede traspasar. La libre competencia como derecho, no es el libre juego de competidores y punto. Más bien, es la competencia limitada por la ley, es decir, la jurídicamente aceptada:

> La libre competencia es tutelada sólo en el ámbito del ordenamiento jurídico. Una actividad de competencia objeto de prohibiciones legislativas no es libre. La licitud o no del comportamiento debe valorizarse no aisladamente, sino en el contexto de la Constitución y del ordenamiento económico vigente, en particular en conexión con los principios contenidos en la ley contra las limitaciones de la competencia. En tal sentido debe entenderse el principio según el cual la competencia real y consentida es la libre competencia tutelada por la ley contra las limitaciones de ella misma (124).

---

germania. VARIOS AUTORES. *Costituzione economica e libertá di concorrenza. Modelli europei a confronto (a cura di Luca Mezzetti)*. Torino, G. Giappichelli editore, 1994, p. 3. (Traducción nuestra).

(124) BUNTE, Hermann-Josef. *La tutela della libertá di concorrenza in germania*. VARIOS AUTORES. *Costituzione economica e libertá di*

Por consiguiente, es claro que son dos cosas distintas la competencia (que puede estar regida por lo que usualmente se llama *la ley de la selva en la economía*) y la libre competencia, que está regida, tutelada y limitada por la ley.

Whish y Sufrin nos dan una aproximación complementaria al fenómeno de la competencia:

> Competencia significa una lucha o enfrentamiento por la superioridad y, en el mundo comercial significa un esfuerzo por lograr la clientela y la realización de los negocios en el mercado. El tema más importante es el efecto que la competencia puede tener en la actividad económica y, para comprenderlo, uno debe mirar primero hacia la teoría económica. De acuerdo a su versión neoclásica, el bienestar del consumidor es maximizado en condiciones de competencia perfecta. Para estos fines el bienestar del consumidor no expresa un concepto vago o general sino, más bien, cosas muy concretas. Bajo competencia perfecta los recursos económicos son asignados a los bienes y servicios en las dimensiones precisas en que los consumidores los desean (en la medida que dichos deseos son expresados a través del precio que los consumidores pretenden pagar en el mercado). Esto es denominado eficiencia en la asignación de recursos. Además de este efecto, muchos economistas y no economistas piensan que la competencia perfecta permite que los bienes y servicios sean producidos al mínimo costo posible, lo que significa que la sociedad invierte la menor parte posible de su riqueza en lo que produce. A esto se denomina eficiencia productiva. El efecto combinado de estas dos eficiencias consiste en maximizar la riqueza total de la sociedad (125).

Estos autores nos hablan de la hipótesis de competencia perfecta, en la cual tanto la asignación de recursos como la eficiencia productiva son máximas. El resultado es mejor y mayor bienestar para el consumi-

---

concorrenza. Modelli europei a confronto (a cura di Luca Mezzetti). Torino, G. Giappichelli editore, 1994, p. 4. (Traducción nuestra).

(125) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law*. Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, pp. 1-2. (Traducción nuestra).

dor, quien contará con los bienes producidos y comprados al menor precio, con lo que la riqueza de todos en la sociedad se incrementa a su óptimo.

Desde luego, la competencia perfecta es sólo una hipótesis de trabajo:

> Competencia perfecta significa muchas cosas simultáneamente: que en cada mercado particular hay un gran número de compradores y vendedores, todos produciendo cosas idénticas u homogéneas; que los consumidores tienen una información completa sobre las condiciones del mercado; que los recursos pueden fluir libremente de una a otra área de la actividad económica; que no hay "barreras de entrada" al mercado que impidan la aparición de más competencia; que no hay "barreras de salida" que impidan a las firmas que lo desean, salir de la actividad. Por supuesto, una estructura real de mercado que satisfaga todas estas condiciones es inverosímil, si en realidad no imposible: hasta aquí estamos hablando en el plano de la teoría (126).

En la realidad, las cosas son un poco distintas y la sociedad suele hallarse en un punto intermedio entre la competencia perfecta y el monopolio total. Algunos otros elementos añaden diferencias con el modelo teórico: hay lealtades de ciertos consumidores con ciertos productores y están dispuestos a pagar algo más por el mismo producto (aunque traspasado un umbral indudablemente comprarán el otro producto más barato) y, de seguro, no todos tendrán el mismo acceso a información sobre lo que hay en el mercado. Dicen Whish y Sufrin:

> Entre la competencia perfecta y el monopolio, estructuras polares del mercado, existen muchos puntos intermedios. La mayoría de las firmas venderán productos que son ligeramente diferentes a los de sus rivales o contarán con algún grado de lealtad institucional de sus consumidores, lo que significa que una elevación del precio no necesariamente significará una pérdida masiva

---

(126) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law*. Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, p. 2. (Traducción nuestra).

de actividad negocial. En tal situación, se dice que existe una «competencia monopólica», concepto que connota dos ideas: por un lado, que un producto goza de cierto poder monopólico en relación a los productos de los otros y, por otro lado, que la lealtad del consumidor a una marca particular no es infinita y que éste se decidirá por la marca de la competencia si los precios crecen demasiado. Además, es preciso considerar que es poco probable que un consumidor tenga una información tan completa del mercado, que esté en condiciones de saber, de inmediato, que hay disponible un precio menor en otro lugar determinado para el producto que él requiere. Y todo ello, sabiendo que la teoría depende de que el consumidor tenga información total a su disposición. (127).

Por ello, existe otro concepto que en inglés es denominado *workable competition* (al que traduciremos como "competencia realista"). Dicen de él nuestros autores:

> Algunos economistas han estado dispuestos a recurrir a una teoría más prosaica de la «competencia realista». Reconocen las limitaciones de la teoría de la competencia perfecta pero, no obstante, consideran que es válido buscar el mejor grado de competencia que sea posible lograr. Concebir lo que pueda ser una «competencia realista» ha causado dificultades teóricas pero, sin embargo se confía en que una estructura elaborada en base a ella puede tener efectos benéficos en la conducta y las realizaciones y que, por lo mismo, es válido tratar de lograrla y mantenerla. Las autoridades en materia de competencia, tanto en el Reino Unido como en la Comunidad Económica Europea [*sic*], han invocado la idea de una competencia realista en varias ocasiones (128).

De manera que cuando hablamos de libre competencia, estamos tratando de lo siguiente:

---

(127) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law.* Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, p. 4. (Traducción nuestra).

(128) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law.* Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, p. 11. (Traducción nuestra).

- Una situación de libertad en el ejercicio de los negocios, tutelada y limitada por la legislación de manera que, sin afectar la libertad de cada uno, se corrija los defectos de poder excesivo que pueden producirse y cuyo resultado sería el perjuicio para los otros competidores y, a la larga, para el pueblo mismo, es decir, los consumidores.
- La competencia mejora la asignación de recursos y la eficiencia productiva. Desde luego, el marco ideal es el de competencia perfecta pero que es sólo una hipótesis de trabajo. En la vida cotidiana, diversos condicionantes llevan a hablar no de competencia perfecta sino de *workable competition.*
- La competencia mejora el nivel de riqueza en la sociedad al dar bienestar al consumidor y los precios menores posibles.

Desde luego, la función tuitiva de la competencia que cabe al Estado es fundamental. En caso contrario, se desatarían fuerzas poderosas y acumuladas en pocas manos que convertirían la competencia en un fenómeno monopolístico u oligopolístico de consecuencias muy dañinas.

Sobre las funciones económicas que tiene la competencia, dice Clapham:

> A la competencia le incumben Funciones económicas importantes. En el aspecto instrumental –teniendo en cuenta el principio de workable competition– se trata especialmente de las siguientes funciones:
>
> - La función rectora:
>
> El mecanismo de mercado, al existir una eficaz competencia, garantiza que el trabajo y el capital sean orientados hacia su utilización más productiva desde el punto de vista de la economía nacional.
>
> - La función impulsora:
>
> La competencia es el procedimiento que mejor que todos los demás procedimientos conocidos es capaz de dar una óptima solución a los problemas técnicos y económicos. Es por esto que Von

Hayek, con toda razón, llama a la competencia un proceso de descubrimiento. La iniciativa, la flexibilidad, la disposición de asumir riesgos y la capacidad de innovación pueden resaltar plenamente. La competencia incentiva a las empresas a ganar terreno frente a sus competidores, al ahorrar costos y al convertirse en pioneros innovadores (129).

Nuestros autores reconocen, sin embargo, que la competencia tiene límites en ciertos procesos productivos en los que es generalmente reconocida como perjudicial:

> Puede llegar a ser necesaria una considerable inversión de capital para producir ciertos bienes y el tamaño del mercado puede ser pequeño en relación a los costos de producción. En ciertos mercados, sólo una firma que cubre un cuarto o un tercio de la producción total puede lograr utilidades. Aún, puede ser posible que la escala de operación mínima de eficiencia pueda ser lograda solamente por una firma cuya participación en el mercado exceda del 50%, de manera tal que el monopolio pueda ser tomado como una condición natural de mercado en dicha actividad. En casos como éstos, en los que la escala es una característica importante del mercado, es absurdo pretender un nivel de competencia que pueda destruir la eficiencia requerida. Cuando la escala mínima de eficiencia es muy grande en relación a la producción total, una pregunta específica consiste en cómo puede operar una industria de este tipo de manera que sea beneficiosa para la sociedad en su conjunto. La nacionalización puede ser una solución; otra puede ser mantenerla en el sector privado pero sujeta a regulaciones burocráticas. Una tercera posibilidad consiste en que se la pueda someter a concurso para otorgar una concesión a plazo determinado, concluido el abrirá un nuevo concurso. En otras palabras, con esta última posibilidad se establecerá una competencia periódica para llevar a cabo esta actividad, aunque no existirá competencia en el ejercicio mismo de ella.

---

(129) CLAPHAM, Ronald. *La economía social de mercado como sistema político-ordenador*. VARIOS AUTORES. *Economía social de mercado. Coloquio Peruano-Alemán*. Lima, Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana, 1979, p. 59.

Sea cual sea la solución dada al problema de un monopolio natural, el tema de fondo consiste en que este grado de eficiencia de escala presenta dificultades serias a la teoría de la competencia perfecta (130).

Y luego añade sobre la producción agraria:

> También puede suceder que consideraciones de carácter social o político, conduzcan a la conclusión de que la competencia es inapropiada en ciertos sectores particulares de la actividad económica. La agricultura es un ejemplo obvio. Los legisladores han tendido a considerar que la agricultura tiene características especiales que la hacen acreedora a protección de ciertos efectos potenciales y nocivos que, sobre ella, podría producir la competencia. Una ilustración evidente de esto es la política agrícola común de la Comunidad Económica Europea (131).

De manera que la libre competencia no es un valor en sí mismo, sino que el recurso a sus normas de mercado, debe hacerse teniendo en cuenta la situación económica general y, sobre todo, las características de cada aspecto de la producción, para determinar si en ellos debe o no haber competencia abierta y en que grado.

Desde este punto de vista, nuestro artículo 61 tiene deficiencias, pues no contempla la posibilidad de apoyo estatal a la producción mediante ciertas limitaciones a la competencia, salvo en lo referente a la promoción de pequeñas empresas de que habla el artículo 59. En este último caso (que incluye campo y ciudad), el Estado podrá establecer regímenes preferenciales de promoción del la inversión y de la generación de trabajo.

---

(130) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law*. Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, pp. 6-7. (Traducción nuestra).

(131) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. Competition Law. Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, p. 7. (Traducción nuestra).

El Decreto Legislativo 757 del 08 de noviembre de 1991, que contiene la Ley marco para el crecimiento de la inversión privada, trae una definición de libre competencia:

«Decreto Legislativo 757, artículo 4.- La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República».

El contraste entre los conceptos de teoría mostrados antes y este artículo es notorio. Para la norma la libre competencia es determinada por la existencia de precios fijados por la oferta y la demanda. La concepción es muy simple y, en realidad, está elaborada a partir de la idea de la competencia perfecta. Es una definición de manual que no toma en cuenta las complejidades de la organización económica contemporánea.

En la medida que el Decreto legislativo 757 fue elaborado antes de la dación de la Constitución de 1993, sería deseable que fuera modificado y enriquecido con la normatividad distinta que trae esta Carta.

106.2 Las posiciones dominantes o monopólicas del mercado son combatidas por el Estado en pro de la libre competencia

La Constitución establece que el Estado combate toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. También establece que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

Dejando las prácticas restrictivas de la libre competencia para un momento posterior de este comentario, tratemos ahora las posiciones dominantes o monopólicas y, en particular, sobre el monopolio (132).

---

(132) Al tratar el tema de las posiciones dominantes o de los monopolios, tenemos que enfrentarnos a ciertos términos técnicos que tienen matices y detalles. El *monopolio* es definido como aquella situación en la cual una sola

La posición dominante es una situación en la cual un cierto agente económico tiene una influencia sobre el mercado que prevalece sobre la de los demás. Dice Pijnacker en relación al tema:

«L'ECA define como «posición dominante» la situación de hecho o de derecho por la cual, en el mercado de bienes o servicios, uno o más propietarios de empresas o profesionales liberales, detentan una influencia prevalente (art. 1.2 ECA)» (133).

Whish y Sufrin, por su parte sostienen lo siguiente:

> Como hemos visto, el monopolio en estado puro es raro, pero una empresa puede tener una posición suficientemente dominante en relación a un producto o a un determinado mercado geográficamente determinable, como para gozar de beneficios que sólo pueden ser obtenidos por un verdadero monopolio. El problema es saber cómo deben ser determinados los mercados relevantes y desde qué grado una empresa posee un poder sobre dicho mercado que pueda ser calificado de dominante (134).

---

empresa realiza toda la demanda del mercado, es decir, es la única compradora. El *monopsonio* es la situación en la que una sola empresa realiza toda la oferta o, lo que es lo mismo, es la única vendedora. Oligopolio y oligopsonio son situaciones análogas a las dos anteriores, pero en las cuales es un pequeño grupo de empresas coaligadas el que controla, respectivamente, la demanda o la oferta del producto. *Posición dominante en el mercado* es un género al que corresponden todos los anteriores conceptos. En el desarrollo de este trabajo iremos dando precisiones sobre todo ello. Esta es una nota introductoria para aclarar el tema que estamos abordando. En general, hablaremos de monopolio o de posición dominante como sinónimos, porque así se suelen utilizar estas expresiones en la literatura, y con la finalidad de no referirnos permanentemente a todos y cada uno de estos conceptos.

(133) PIJNACKER HORDIJK, Erik H. *La disciplina della concorrenza in olanda*. VARIOS AUTORES. *Costituzione economica e libertá di concorrenza. Modelli europei a confronto (a cura di Luca Mezzetti)*. Torino, G. Giappichelli editore, 1994, p. 171. (Traducción nuestra).

(134) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law*. Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, p. 44. (Traducción nuestra).

El Decreto Legislativo 701, que contiene las normas de control de las conductas monopolísticas en el Perú, dice respecto de las posiciones dominantes:

«Decreto legislativo 701, artículo 4.- Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución».

En síntesis, podemos decir que una *posición dominante* ocurre en la siguiente forma:

- La empresa tiene un poder prevalente en el mercado.
- Este poder le permite actuar de modo independiente y con prescindencia de competidores, compradores, clientes o proveedores. Es decir, que puede imponerles unilateralmente sus términos porque tiene dicho poder prevalente.
- Este poder puede tenerlo por diversos factores: participación significativa en el mercado; tecnología que le permite imponer condiciones; acceso privilegiado a fuentes de financiamiento, suministros, redes de distribución, etc.
- La posición dominante puede producirse bien en el mercado correspondiente a un producto determinado, o bien a un área geográfica determinada.
- La posición dominante no es una situación de hecho simplemente constatable. Por el contrario es una determinación de naturaleza económica y jurídica, que debe hacerse ponderando diversos elementos. No siempre será claro y distinto que existe una posición dominante.

Sin embargo, la posición dominante como tal no es perseguible por el Derecho. Sólo debe serlo cuando existe abuso de ella:

Decreto Legislativo 701, artículo 5.- Se considera que existe abuso

de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior (citado por nosotros líneas arriba), actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran podido ser posibles, de no existir la posición de dominio.

Alfredo Bullard dice al respecto:

«El «actuar de manera indebida» debe entenderse referida a utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un efecto adicional a la simple reducción de costos de producción» (135).

El *monopolio* es una de las variables de la posición dominante en el mercado. Dice Cassese sobre la tradición de la lucha antimonopólica en las legislaciones *antitrust*:

> Las legislaciones «antitrust» han atravesado dos etapas. En la primera han adoptado una concepción estática del monopolio, entendido como la posición del operador que ocupa una amplia esfera del mercado. En un momento posterior, se ha hecho notar que, con esta concepción, se confundía la «grandura» (es decir, las dimensiones de la empresa) con las «prácticas monopolísticas», consistiendo estas últimas en ofrecer productos a los consumidores a precios superiores a aquellos del mercado competitivo. Así, en este último caso, se afirmaba una concepción dinámica del monopolio en el sentido de conducta monopolística (conducta de un sujeto que, teniendo una posición dominante en el mercado, abusa de ella).
>
> Como consecuencia, se abandonó también la idea de la posible existencia de «monopolios naturales». Con este término se hacía referencia a aquellos sectores en los cuales, por razones técnicas, no convenía la competencia: por ejemplo, el transporte ferroviario donde las inversiones físicas para tender los rieles son tan altas que no es conveniente la competencia que requeriría, en el límí-

---

(135) BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Estudios de análisis económico del Derecho*. Lima, Ara Editores, 1996, p. 301.

te, la colocación de más líneas ferroviarias a lo largo del mismo recorrido.

Al afirmarse la concepción dinámica del monopolio, según las leyes actuales resulta necesario demostrar que el empresario ha disfrutado un acuerdo, una concentración o la propia posición dominante, causando daño al consumidor o a otros productores (salvo en el caso de los medios de información y otros análogos, en los que la posición dominante en sentido estático, está prohibida como tal) (136).

Lo esencial del mensaje de la cita de Cassese consiste en lo siguiente:

- Hay dos etapas en la legislación antimonopolística o *antitrust*. En la primera etapa se sancionaba el monopolio por la existencia objetiva de una empresa que tuviera el control del mercado, no importando ni cómo ni porqué había llegado a tal situación y, menos aún, si ello era o no perjudicial para el interés general y en particular par el de los consumidores.

- Luego se evoluciona a considerar que el monopolio es la *conducta monopolística* y que, por consiguiente, no se trata de apreciar la ubicación y la dimensión de la empresa *objetivamente*, sino de analizar su conducta y ver si es que se beneficia anticompetitivamente de su ubicación monopólica con *conductas monopolísticas* cuyo principal (pero no único) síntoma, consiste en el obtener precios más altos de los que se tendría en un mercado con competencia.

Respecto de este tema, aplicándolo dice Bullard en el Perú:

«En la legislación comparada son cada vez menos los casos en que se cuestiona el crecimiento interno de una empresa. De hecho, en el sistema norteamericano no se considera bajo ninguna circunstan-

---

(136) CASSESE, Sabino. *La nuova costituzione economica*. Bari, Gius. Laterza e Figli, 1995, pp. 41-42. (Traducción nuestra).

cia que el crecimiento interno de la empresa sea una práctica monopólica. La razón es muy sencilla, pues el crecimiento interno es consecuencia de una mayor eficiencia, de la derrota de los competidores en la lucha por capturar las preferencias de los consumidores» (137).

- Con esta tendencia a considerar la *conducta monopolistica*, se ha eliminado la posibilidad de considerar la existencia de *monopolios naturales*, que son aquellas circunstancias de producción o servicios en las que no resulta posible, por la naturaleza del trabajo, establecer la competencia con las ventajas que suele traer: asignación óptima de recursos y eficiencia productiva para obtener los costos y precios más bajos. Señala el caso de los trenes, en los que no tendría mucho sentido establecer dos redes de rieles paralelas para estimular la competencia entre sus dueños por el altísimo costo de dicha inversión. Sin embargo, el monopolio en estos casos no ocurriría porque sólo hay una empresa, ya que no interesa elementos *objetivo*, sino por el hecho de que esa empresa actúe monopolísticamente, obteniendo mayores ganancias de las que le corresponderían en un mercado abierto. Desde luego, en estos casos de monopolios naturales, una afirmación como ésta (mayores ganancias de las que corresponderían en un mercado abierto), es sólo una hipótesis de trabajo que requiere cuidadosos supuestos y cálculos de microeconomía, porque, como viene dicho, la competencia no existe por definición en ellos.

  Respecto de los monopolios naturales dice Alfredo Bullard:

  «Desde la perspectiva del consumidor no siempre el monopolio es malo. En los casos que se conocen como «monopolios naturales» el consumidor puede recibir un beneficio de la existencia de un solo ofertante en el mercado. Frente a las dimensiones de la demanda en un mercado dado, puede ser que la existencia de una sola empresa sea necesaria para minimizar los costos de producción y por consiguiente el precio. Ello es especialmente cierto en industrias (como

---

(137) BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Estudios de análisis económico del Derecho*. Lima, Ara Editores, 1996, p. 313.

la producción de energía eléctrica o los teléfonos) donde los costos fijos son desproporcionalmente altos en relación a los costos variables» (138). (La tecnología avànza tan rápidamente, que entre el momento en que Bullard escribió esto y hoy, ya muchos países tienen competencia en servicio de teléfonos, gracias a que el tendido de las redes se hace por sistema de ondas y no de cables).

- Todo ello, desde luego, sin afectar aquellos casos en los que, por decisión legislativa, está expresamente prohibido no sólo que haya conductas monopolísticas, sino inclusive posiciones objetivas monopolísticas o dominantes, como es el caso de la prensa que cita el mismo Cassese, y que nosotros podemos ver con claridad en el segundo párrafo del artículo 61 de nuestra Constitución que estamos comentando. Pero en estos casos, y el de la prensa es particularmente sensible, la prohibición del monopolio ocurre no sólo por razones de la organización económica misma, sino por otros factores concurrentes como, por ejemplo, la posibilidad de ejercitar mejor la libertad de expresión y opinión: es más fácil hacerlo en un medio en el que los medios de comunicación no sean propiedad de una sola persona o un solo grupo y ello no tendrá nada que ver con cuán eficiente y lealmente asigne sus recursos, desarrolle su actividad productiva y cobre precios bajos el medio de comunicación monopólico.

Alfredo Bullard sostiene las mismas concepciones escribiendo desde el Perú:

> Prohibiciones a la existencia de monopolios o de oligopolios, como las contenidas en la Constitución de 1979, se fundamentan en la idea que el Estado debe proteger a la empresa pequeña, sin que ello implique mayores costos de producción en perjuicio del consumidor. Simplemente no se quiere una o pocas empresas, es decir, se quiere que el mismo mercado se reparta entre más productores, sin importarnos que ello incremente los costos de producción por la vía de duplicar los costos fijos.

---

(138) BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Estudios de análisis económico del Derecho*. Lima, Ara Editores, 1996, p. 290.

La nueva Constitución ha comprendido adecuadamente el fenómeno. El monopolio no sólo no está prohibido, sino que mientras la posición de dominio en el mercado sea adquirida por la vía de una legal y legítima competencia, está tutelada por el Estado. Lo que se prohibe son dos situaciones: el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia (139).

Y luego ratifica:

El verdadero objetivo de la legislación antimonopólica es proteger a los consumidores, garantizándoles opciones adecuadas y suficientes a la luz del principio de eficiencia económica. El Estado no tiene porqué penalizar a una empresa porque es grande, si es que dichas dimensiones le permiten llegar al consumidor con productos de buena calidad a menor costo. El bienestar social que persigue el Estado es el del consumidor y no el de empresas pequeñas condenadas al fracaso por su ineficiencia (140).

Habíamos señalado antes, de manera provisional, que la característica principal pero no única de los monopolios era la capacidad de fijar un precio por encima del que correspondería a un mercado en competencia. Sin embargo, los monopolios tienen otros rasgos igualmente importantes. Bullard los reseña en esta cita:

Dentro de un mercado se produce un monopolio (o un oligopolio, monopsonio u oligopsonio) cuando se cumplen una serie de condiciones. Estas condiciones son las siguientes:

a) Número de ofertantes en el mercado. En primer lugar, no existe el número suficiente de ofertantes o demandantes en el mercado como para impedir que alguno (o algunos) puedan influir de manera determinante en el proceso de formación de precios [..].

---

(139) BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Estudios de análisis económico del Derecho*. Lima, Ara Editores, 1996, p. 277.

(140) BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Estudios de análisis económico del Derecho*. Lima, Ara Editores, 1996, p. 277.

b)Barreras de entrada al mercado. Una segunda condición es que existan barreras que impidan la libre entrada de competidores al mercado, siendo el mayor enemigo del monopolio precisamente la competencia. Al poder el monopolista fijar el precio monopolístico está obteniendo una utilidad superior a la que obtendría en un mercado competitivo [...] Si existen barreras que limitan la entrada de nuevos productores, el monopolio subsistirá [...].

c) Inexistencia de bienes sustitutos adecuados. Una tercera condición es que los productos en el mercado monopolístico no tengan sustitutos adecuados, de manera que prácticamente la única opción del consumidor esté entre consumir o no consumir el bien de la empresa monopolística, no pudiendo recurrir a un sustituto para satisfacer sus necesidades. En este contexto el efecto del monopolio se da en la reducción de las posibilidades de elección de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar un precio superior al que determinaría la libre competencia por un producto dado o simplemente a dejar de consumirlo (141).

De manera que intentando hacer una síntesis de los diversos aspectos que hemos analizado, tenemos los siguientes aspectos:

- Un amplio rubro de la protección de la libre competencia (concepto jurídico y no de hecho, como hemos visto), consiste en combatir el abuso de las posiciones monopólicas o dominantes.

- El criterio para determinar si existe una posición monopólica o dominante no es el fenómeno *objetivo* en el mercado, si la *conducta monopolística* según la cual el agente económico que tiene tales posiciones, se beneficia abusando de ellas y obteniendo mayores beneficios que los que corresponderían en una posición de competencia. La vía usual es la obtención de un precio mayor que el debido.

- Esta concepción es la que tiene también la Constitución peruana vi-

---

(141) BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Estudios de análisis económico del Derecho*. Lima, Ara Editores, 1996, pp. 286-289.

gente y es resultado de una evolución en el pensamiento antimonopolista que ha ocurriendo en el mundo en general.

- En ciertos casos en los que la naturaleza de la actividad productiva o de servicios no justifica existencia paralela de varios proveedores porque ello significaría incurrir en excesivos costos de inversión o en problemas de eficiencia productiva, *el precio que se obtendría en una situación de competencia* deviene en una hipótesis que se trabaja con supuestos y metodologías especiales, pero sigue siendo una aproximación válida para analizar los fenómenos de conducta monopolística.

- La existencia de monopolios no tiene como evidencia única la existencia de precios superiores a los del mercado en competencia. También acompañan a esta consecuencia todos o algunos de estos otros elementos: poco número de agentes económicos del mismo lado de la transacción (ofertantes o demandantes); barreras para el ingreso al mercado; inexistencia de productos sustitutos adecuados.

  Todas estas variables exigen un cuidadoso examen de la situación. La determinación de la existencia de conductas monopolísticas es siempre una decisión inteligente y, nunca, algo tan simple como tomar una radiografía a la realidad.

Todo lo que hemos dicho aquí, es relativizado por Whish y Sufrin tratando de los oligopolios, no porque deben ser tolerados, sino porque determinar cuando verdaderamente tienen conductas contrarias a la libre competencia y cuando no, es tarea ardua de definir:

> Un mercado oligopólico se caracteriza por la presencia de pocos abastecedores, de manera tal que ninguno está en posición individual de dominar dicho mercado pero, al mismo tiempo, cada uno de ellos tiene tamaño considerable. Esta no es una definición científica: mientras en la teoría económica se puede describir con precisión los atributos del monopolio en un extremo y los de la competencia perfecta en el otro, no es posible hacer lo mismo en el caso del oligopolio. Los mercados oligopólicos son muy diferentes uno de otro: algunos se acercan al extremo en el que existe competencia mientras que otros se hallan cerca de la estructura monopólica.

También se presenta el problema de decidir cuál es el número bajo el cual la cantidad de empresas existentes convierte al mercado en un oligopolio. ¿Cuán poco es poco? Ello puede ser medido utilizando ratios de concentración pero hacerlo conlleva problemas enormes. Sin embargo y a pesar de lo dicho, la idea de oligopolio proporciona lo esencial del concepto: el control del mercado por unas pocas empresas grandes (142).

Para abordar el problema de los oligopolios, parecen existir tres vías diversas entre sí, en las cuales el Derecho depende en gran parte de lo que la economía pueda medir y aportar conceptualmente. Esto hace ver, otra vez, que los conceptos de monopolio y de libre competencia, como antípodas del espectro, son sustantivamente definiciones legales, en la teoría y, sobre todo, en la aplicación práctica.

La primera forma de control de los oligopolios es denominada una *aproximación estructural*. Whish y Sufrin la explican así:

> Aproximación estructural (al oligopolio).- Si la teoría económica fuera capaz de demostrar convincentemente que el oligopolio conduce inevitablemente y sin colusión al paralelismo de precios, a ausencia de competencia en asuntos distintos al precio y, simultáneamente, al hecho de que no existe característica alguna aprovechable de los mercados oligopólicos, entonces el problema debería ser visto y tratado como uno de naturaleza estructural. En este caso lo más importante sería evitar las estructuras oligopólicas mediante fuertes controles a la fusión de empresas eliminando, así, la posibilidad de que se saque del mercado a los competidores por este medio. La lógica también sugeriría que son necesarios mayores poderes para desconcentrar industrias que hayan devenido en oligopólicas. Sin embargo, de esta discusión parecería que la teoría del oligopolio carece de contundencia para justificar una destrucción general de los mercados oligopólicos. Mientras la estructura de algunos de ellos podría ser convertida en más competitiva, es

(142) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law*. Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, p. 467. (Traducción nuestra).

equivocado pensar que todo mercado oligopólico puede o debe ser sometido a desconcentración forzosa (143).

Como resulta del propio texto, esta posibilidad es jurídicamente factible siempre que pueda demostrarse que toda posición oligopólica conduce a la manipulación del mercado y a acuerdos de carácter restrictivo de la competencia. En ese caso no hace falta investigar las conductas (cosa bastante difícil como ya sabemos) y bastaría con que existan tasas predeterminadas de control de ciertos mercados, para que dicha situación sea combatida por el ente rector de la competencia.

Sin embargo, la economía no parece estar en condiciones de afirmar que toda situación objetiva oligopólica conduce a la manipulación del mercado. Las razones inversas también parecen tener peso: es muy difícil, costoso y tal inútil, pretender desconcentrar mercados altamente oligopolizados porque, muchas veces, han llegado a dicha situación por la fuerza de los negocios mismos. En esa situación, Whish y Sufrin describen la *aproximación de conducta* al problema del monopolio:

> Aproximación conductista (al oligopolio).- Una aproximación alternativa consiste en ver el problema como de conducta. Según esta concepción el control debe hacerse caso por caso, de manera que se evite que los oligopolios actúen en forma anticompetitiva. El dilema aquí es decidir cuando puede decirse que hay conductas anticompetitivas. Algunos se inclinarán a convertir en ilegal cualquier paralelismo de los precios lo que, sin embargo, parece inapropiado. En algunos mercados, la interdependencia oligopólica es una realidad: los oligopolios tienen una especial sensibilidad en la percepción de la conducta de los demás, lo que significa que seguirán mutuamente las conductas de quienes tomen la iniciativa para no perder clientela. La teoría de la interdependencia oligopólica no puede demostrar que en esto haya siempre un actuar oligopólico: algunas veces será cierto pero otras no. Es fácil verlo: cuando todos los oligopolios enfrentan un incremento común en los

(143) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law*. Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, p. 471. (Traducción nuestra).

precios, por ejemplo en materias primas o en salarios, es probable que sus precios suban más o menos lo mismo en el mismo momento. Hacer ilegal el paralelismo en estas circunstancias sería una sinrazón en la medida que existe una justificación objetiva para la conducta paralela adoptada (144).

Las conductas oligopólicas deben ser estudiadas finamente y, en buena mayoría de los casos, ello acarrea enormes dificultades para el órgano de control. Sobre todo, porque muchas veces existen razones atendibles para que las empresas que conforman la situación objetiva de monopolio, actúen en idéntica forma. Tal es el caso de la variación de precio de un insumo común a todas ellas, que las llevaría a elevar el precio en proporción igual. El estudio de las conductas oligopólicas es uno de los asuntos más difíciles. Bullard dice al respecto:

Si lo que se persigue son las prácticas monopólicas y restrictivas de la competencia (y no el monopolio en sí mismo), existen dos formas de analizar estas prácticas para poder calificarlas como ilegales.

a. La regla de la razón. Una primera posibilidad es aceptar las prácticas razonables, es decir, aquellas que si bien pueden aparecer a primera vista perjudiciales a la competencia, no pueden, dadas las circunstancias, generar ni proteger un monopolio ni distorsionar los mecanismos de competencia. Por ejemplo, una fusión entre dos empresas pequeñas en un mercado poco concentrado puede no tener ninguna posibilidad de generar un monopolio, pero la fusión entre dos empresas de mayores dimensiones sí podría tener efectos anticompetitivos [...]

b. La regla *per se*. Una segunda posibilidad es acudir a reglas que consideran una práctica *per se* ilegal (la *perse rule*), es decir, que prohiben objetivamente el desarrollo de ciertas conductas independientemente de que en el caso concreto puedan o no generar un monopolio. La idea es evitar incurrir en costos administrativos para determinar la razonabilidad, cuan-

---

(144) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law*. Wiltshire; Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, pp. 471-472. (Traducción nuestra).

do de ordinario la práctica no contribuye en nada al desarrollo de un mercado competitivo (145).

El balance entre los *costos administrativos* del control y la rigurosidad del escrutinio de las conductas, es trascendental cuando se aborda el problema de los oligopolios y en general de las posiciones dominantes: habrá circunstancias en las que realizar el análisis de las conductas sea tan alto que no se justifique y, por consiguiente, los controles serán de *regla per se*. En otros casos se podrá hacer el estudio y primará la *regla de la razón*. Desde luego, la forma de control más equitativa es esta última.

Todavía existe una tercera posibilidad de control de los oligopolios que involucra, necesariamente, una forma de control de precios. Dicen Whish y Sufrin:

> Regulación (del oligopolio).- Otra posibilidad es introducir una regulación pública directa de las industrias oligopólicas de manera tal que los precios sean fijados en el nivel que la agencia gubernamental encargada pueda considerar como «competitivo» o «razonable» [...] La regulación directa es tremendamente difícil de manejar y requiere inmensos recursos burocráticos. También es difícil establecer cuál es el precio competitivo o razonable. En la medida de lo posible resulta preferible dejar al mercado determinar por sí mismo estos asuntos, que entregarlos a decisión de un organismo gubernamental (146).

Como dicen los propios autores, siempre es muy difícil determinar un precio por norma jurídica e involucra costos burocráticos (y económicos para la sociedad en su conjunto) enormes. Los sistemas de control de precios, en sus diferentes formas (precios oficiales, control anterior y posterior de determinación, etc.), han sido combatidos como injustos,

---

(145) BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Estudios de análisis económico del Derecho*. Lima, Ara Editores, 1996, pp. 293-294.

(146) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law*. Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, pp. 472-473. (Traducción nuestra).

ineficientes y, sobre todo, corruptos en prácticamente todos los lugares. Efectivamente, tienen suficientes deméritos como para sólo caer en ellos dentro de circunstancias verdaderamente excepcionales.

El Decreto Legislativo 701 establece diversas hipótesis de abuso de posición dominante que comentamos brevemente:

«Artículo 5.- [...]

Son casos de abuso de posición de dominio:

a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos del mercado local;

b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. no constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

d) La aplicación en la venta local de materias primas, cuyos precios de venta se rigen en base a cotizaciones internacionales, de sistemas de fijación de precio, condiciones de venta, de entrega o de financiamiento que impliquen la obtención de mayores valores de venta en el mercado local que los valores de venta ex planta netos obtenibles en la exportación de esas mismas materias primas;

e) El aprovechamiento de los términos concedidos por los Convenios de estabilidad tributaria suscritos con anterioridad a la vigencia del presente Decreto Legislativo, en forma tal que impidan a otras em-

presas productoras de bienes similares las posibilidades de competencia equitativa, tanto en el mercado nacional como en el internacional;

f) Otros casos de efecto equivalente que sean tipificados por decreto supremo refrendado por el presidente del Consejo de Ministros y por los Ministros de Economía y Finanzas, de Justicia y de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración».

Los supuestos en que se coloca este dispositivo son bastante claros y no requieren explicación adicional. Si consideramos, en cambio, que es un error establecer en el inciso f. que otros casos no previstos en la Ley serán tipificados mediante Decreto Supremo. En estos casos estamos hablando de establecimiento de causales de restricción de derechos y, en ese sentido, deberían ser determinaciones del rango de ley.

106.3. Las prácticas restrictivas de la competencia

El artículo 6 del Decreto Legislativo 701 trata el tema de las prácticas restrictivas y las describe así:

«Decreto Legislativo 701, artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia".

Dos elementos son esenciales para que las prácticas restrictivas de la competencia existan:

- Tiene que haber alguna forma de acuerdo entre dos o más competidores dentro del mismo mercado, para atentar contra la competencia entre ellos.

- Dichos acuerdos en efecto restringen, impiden o falsean la competencia.

Nótese que no basta que existan acuerdos, los que desde luego que se producirán y, muchas veces, sin afectar la competencia. Para que sean

perseguibles, tienen que disminuir el grado de competencia que existe entre quienes pactan.

Como dice Bullard, la práctica restrictiva existe entre competidores que hacen acuerdos horizontales:

> Debemos destacar que la concertación debe darse a nivel horizontal, es decir, entre competidores. Las concertaciones verticales no tienen la posibilidad efectiva de limitar la competencia. El hecho de que un fabricante obligue a su distribuidor a vender a un precio acordado no evita el funcionamiento del libre mercado; el problema se da cuando la concer-tación se produce entre dos competidores (147).

Por su parte, Whish y Sufrin se cuestionan qué significa acuerdo para efectos de estas restricciones a la competencia. Sus palabras:

> Acuerdos.- Las leyes sobre competencia prohiben muchos tipos de acuerdos entre empresas independientes. Un problema recurrente es determinar precisamente que se entiende por un acuerdo que tenga estas finalidades. Los miembros de un cartel de fijación de precios no necesitarán concluir un contrato legalmente exigible para obtener su propósito, pues bastará con algún tipo de entendimiento informal. La ley debe establecer en qué medida se ha vuelto propiamente un acuerdo real, la situación que parezca tener sabor a conspiración ilegal. También debe establecer cuál es el grado de evidencia que deberá ser demostrada para sostener que se ha producido un acuerdo ilegal. Los miembros de un cartel probablemente destruirán toda la evidencia escrita que sea posible, con lo que crearán complejos problemas de prueba a la autoridad de la competencia. Una cuestión particularmente interesante es determinar hasta qué punto la autoridad puede concluir que existe un acuerdo ilegal basada exclusivamente en evidencias de carácter económico (por ejemplo, indicadores históricos de largo trecho en una actividad

---

(147) BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Estudios de análisis económico del Derecho.* Lima, Ara Editores, 1996, p. 311.

económica particular, o existencia de precios paralelos entre competidores) en ausencia de evidencias sobre reuniones, intercambio de información o sobre otro tipo de contactos entre los miembros del cartel (148).

Como puede apreciarse, la indagación de los acuerdos restrictivos suele ser tarea difícil porque, normalmente, quienes los formulan borran todas las huellas y actúan de manera que no pueda verse y comprobarse fácilmente una concertación. Por consiguiente, las pruebas tendrán que ser en general indiciarias y con grado de probabilidad solamente. Esto llama a la necesidad de revisar la concepción de las pruebas judiciales, con la finalidad de que se pueda sancionar efectivamente los acuerdos restrictivos de la competencia, y no sólo en la vía administrativa, sino también en la judicial.

Aquí, el entrenamiento y la constancia del personal de las instituciones de supervisión es de fundamental importancia porque son ellas las que en última instancia determinarán la posibilidad o no de que haya un verdadero control de la competencia en el mercado.

Nuestro Decreto Legislativo 701 establece ciertos casos de prácticas restrictivas sancionables:

«Artículo 6.- [...]

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

a) La concertación injustificada de precios u otras condiciones de comercialización;

b) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;

c) El reparto de las cuotas de producción;

d) La concertación de la calidad de los productos, cuando corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales;

---

(148) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law*. Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, p. 43. (Traducción nuestra).

e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general en todos los casos que existan iguales condiciones;

f) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

g) Otros casos de efecto equivalente, que sean tipificados por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por los Ministros de Economía y Finanzas, Justicia e Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración».

La teoría, sin embargo, recoge otros casos de acuerdos que pueden ser aceptados por la autoridad de vigilancia de la competencia, porque lejos de restringirla, protegen una adecuada asignación de recursos, o la eficiencia productiva:

- La homologación de características de los productos. Si bien en un sentido puede llevar a restricciones en la competencia, también tiene enormes beneficios cuando permite compatibilidad entre los diversos productos y, sobre todo, posibilidad de comparación sobre la base de equivalencias. Un mercado altamente homologado, por ejemplo, es el de las computadoras personales, en el cual se pueden comparar casi hasta los mínimos detalles de un productor de computadoras a otro. Al mismo tiempo, se puede trabajar indistintamente en cualquier computadora personal con los mismos programas y efectos. Este es un caso evidente de homologación favorable al usuario Dicen Whish y Sufrin:

  «Aun cuando la competencia en términos y condiciones es una parte importante del proceso competitivo total, también es correcto de-

cir que en ciertas circunstancias, la uniformización de términos y condiciones puede ser beneficiosa. Por ejemplo, puede tener el efecto de mejorar la transparencia en los precios: con ella, el consumidor podrá comparar de mejor manera el costo «real» de los bienes en oferta. A la inversa, ello se le hará más difícil si debe hacer ciertas asunciones (a no dudar intuitivas) sobre las disparidades existentes entre dos o más bienes disponibles. Una asociación de comercio puede lograr el conocimiento y capacidad operativa (así como los medios legales) necesarios para proponer contratos de adhesión u otras fórmulas de negociación que se adapten a las necesidades de sus miembros, de mejor manera que si éstos intentaran hacerlos individualmente. Las leyes sobre competencia supervisan las actividades de las asociaciones de comercio para asegurar que no actúen como intermediarios para la restricción de la competencia pero, normalmente, tolerarán su funcionamiento» (149).

- Otro ámbito es el del intercambio de información sobre precios, costos, tecnología, etc. entre los competidores. Si bien puede conducir a acuerdos, también es evidente que la competencia no puede ocurrir si uno no sabe absolutamente nada sobre lo que hace el otro. Dicen Whish y Sufrin:

  «A menudo los competidores acuerdan intercambiar información entre sí. Dichos acuerdos presentan considerables problemas a las autoridades de supervigilancia de la competencia porque, en cierto sentido, pueden ser beneficiosos. Las empresas no pueden competir dentro de un vacío de información estadística: mientras mayor sea la información sobre el mercado o sobre el volumen de demanda, el nivel de capacidad productiva y los planes de inversión de los rivales, será más fácil tomar decisiones de producción y comercialización que sean razonables y eficientes [...]

  Sin embargo, en estos casos hay que precaver el peligro de que se establezcan acuerdos ilegales de información. La esencia de la

---

(149) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law*. Wiltshire, Butterworth and Co (Publishers) Ltd., 1995, p. 410. (Traducción nuestra).

competencia consiste en que cada productor actúe independientemente en el mercado, y que no coordine su conducta con la de los rivales. Si los competidores acuerdan divulgarse entre sí información detallada sobre sus políticas de precios, sobre sus planes de inversión o sobre sus proyectos de investigación o desarrollo, se les hace más fácil actuar concertadamente. En verdad, en ciertas circunstancias, que el simple intercambio de información será suficiente para eliminar la competencia que debe existir. Como es usual, el problema que enfrentarán las leyes de competencia será el distinguir los intercambios de información según tengan un efecto neutro, benéfico o perjudicial para el proceso de competencia. La línea entre estos casos es a menudo difícil y compleja de precisar» (150).

- También se puede autorizar en ciertos casos los acuerdos para cooperación en investigación y desarrollo (*research and development*) entre competidores. El defecto que pueden tener es que desalientan la competencia en investigación de largo plazo, con lo que disminuye la innovación, el cambio de modelos o productos y, en definitiva, la competencia. El efecto benéfico consiste en que muchas investigaciones y desarrollos serán posibles por la colaboración y eso también puede favorecer al consumidor. Dicen Whish y Sufrin:

  «La colaboración en proyectos de investigación y desarrollo puede tener desventajas para la política de competencia. Una de las posibles manifestaciones de la competencia es, precisamente, en las actividades de investigación y desarrollo de las empresas. Esto es particularmente cierto en mercados oligopólicos para productos sofisticados, donde la competencia en materia de precios es limitada. En esta situación, la ganancia de corto plazo que puede obtenerse del desarrollo de un nuevo producto, puede ser contrapesada por el menor vigor que se tenga en la competencia por la investigación de largo plazo. En verdad, cualquier colaboración en investigación y desarrollo puede tener el efecto de inhibir la independen-

---

(150) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law*. Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, pp. 412-413. (Traducción nuestra).

cia en el trabajo de investigación de los participantes en otros proyectos que pudieran asumir independientemente: aún si no hay un acuerdo explícito de restringir la libre iniciativa en este campo, el efecto práctico puede ser ése. De igual manera, cualquier forma de cooperación entre empresas rivales puede tener el efecto de aminorar el espíritu competitivo que debe haber en las demás actividades que realizan y que las vinculan entre sí. Donde los máximos directivos de dos empresas se encuentran para discutir su proyecto de investigación conjunto, aparecerán sentimientos que los inclinarán a competir menos firmemente en otros mercados» (151).

- Existen ciertas emergencias que no afectan a uno solo de los competidores sino a toda una rama industrial e, inclusive, a toda la actividad económica de un país. Si se deja al libre juego de oferta y demanda retornar a la situación de normalidad, puede ocurrir un colapso del sistema económico hasta que, luego, se recupere sanamente. En estos casos, la autoridad puede intervenir para buscar acuerdos de reducción de producción, o para regular una saludable moratoria de tributos si, por ejemplo, ha habido un evento inesperado en el sistema económica y se han acumulado deudas ingentes:

  «[...] existen ciertas circunstancias en las que una industria enfrenta problemas severos, tal vez por una recesión o por exceso de capacidad productiva, y en las que las autoridades de la competencia deben estar dispuestas a aceptar algún grado de cooperación para superar la situación. Como regla general, cada operador del mercado debe tomar sus propias decisiones independientes en relación a qué y cuándo producir. Sin embargo, la posibilidad de tomar decisiones racionales en relación a cuanto reducir producción en ciertos sectores económicos, por ejemplo donde la inversión de capital es alta o donde existe una extensiva integración vertical, puede ser obstaculizada si no se entiende lo que los competidores van a decidir. Existe el peligro de que cada competidor tome decisiones de reduc-

---

(151) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law*. Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, pp. 438. (Traducción nuestra).

ción que hagan pasar al sector de una sobre capacidad a una infra capacidad que, luego, sea muy difícil de revertir. Una consideración importante es que reestructurar una industria tiene un costo social que contiene pérdida de empleo y daño potencial a la estructura social de ciertas comunidades locales. En estos casos las decisiones tienen componentes tanto políticos como económicos» (152).

- Cuando se produce el traspaso de una empresa a un tercero. Normalmente, el comprador pedirá que el vendedor no compita con él y llegarán a un acuerdo. Estos acuerdos pueden ser aprobados, si de lo que se trata es de que no sea más extenso que para cubrir dicha finalidad, y desde luego, que no signifique sacar del mercado al vendedor:

  «Cuando un negocio es vendido, el comprador suele requerir al vendedor una cláusula que lo obligue a no competir con él. Si el vendedor continúa compitiendo podría llevarse a toda la clientela y, en tal circunstancia, el valor del negocio se reduciría considerablemente. Por lo tanto conviene tanto al vendedor como al comprador que un pacto de no competencia como el señalado sea jurídicamente obligatorio: contribuye a dar valor al negocio. Las leyes de competencia reconocen la relevancia que estos pactos tienen, pero deben asegurar que no son más restrictivos que lo necesario para la finalidad perseguida» (153).

106.4 Reglas sobre competencia desleal

Las reglas contrarias al abuso de las posiciones dominantes en el mercado, y a los acuerdos restrictivos, se complementan en la garantía de la competencia, con la disposiciones relacionadas a la competencia desleal. Tenemos el Decreto Ley 26122 del 30 de diciembre de 1992, que establece lo siguiente:

---

(152) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law*. Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, pp. 457. (Traducción nuestra).

(153) WHISH, Richard y SUFRIN, Brenda. *Competition Law*. Wiltshire, Butterworth and Co. (Publishers) Ltd., 1995, p. 462. (Traducción nuestra).

«Decreto Ley 26122, artículo 5.- Para la calificación del acto de competencia desleal no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará acto de competencia desleal grave el que se encuentre específicamente dirigido a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de un competidor».

La competencia desleal no es un ilícito de resultados en el sentido que si éstos no ocurren, no hay sanción. Basta según este artículo, el perjuicio potencial e ilícito. Nosotros compartimos este criterio: la competencia es un principio jurídico de las relaciones comerciales y debe ser obedecido por todos, sin cálculo de resultados. Desde luego, cuando los daños son grandes, la sanción será mayor.

«Artículo 7.- Son actos desleales los destinados a crear confusión, reproducir, imitar, engañar, inducir a error, denigrar, desacreditar la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectuar comparaciones inapropiadas, violar secretos de producción o de comercio, aprovechar indebidamente la reputación ajena y, en general, cualquier acto que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo o asimilable a aquellos que enunciativamente se señalan en el presente Capítulo».

En todos estos casos, que son enunciativos y en consecuencia no agotan las posibilidades de competencia desleal susceptible de ser sancionada, la autoridad que vigila la competencia dentro del Estado, procederá a hacer las investigaciones del caso e impartir las sanciones a que hubiere lugar.

Luego del artículo 7, el Decreto ley 26122 detalla normativamente cada una de estas posibles causales de competencia desleal. Como en los otros casos, lo más probable es que la deslealtad a la competencia, sólo pueda ser probada por indicios porque será difícil que quien se arriesga a ello haga las cosas con ligereza o con descuido.

106.5. La prohibición de monopolio, exclusividad o acaparamiento en los medios de comunicación

El segundo párrafo del artículo 61 establece prohibición de posición dominante, y por tanto de monopolización de lo siguiente:

- La prensa que debe ser entendida como todo medio de información escrito. Es muy importante señalar actualmente medio escrito y no *medio impreso*, porque los sistemas de comunicación electrónica y digital permiten que las grandes redes informáticas *transmitan* todos los instrumentos que antes sólo podían circular en papel.
- La radio, que no es sino la transmisión de sonidos por ondas electromagnéticas.
- La televisión que es transmisión de sonido e imagen también por ondas electromagnéticas.
- Otros medios de expresión y comunicación social en general que tienen diversas formas: carteles, avisos luminosos con información, etc.

La prohibición de la posición dominante se extiende a :

- Las empresas, es decir, que debe haber pluralismo empresarial en el más amplio sentido de la palabra: en formas empresariales y en propietarios de las mismas.
- Los bienes y servicios, lo que es muy importante porque a veces la existencia de una sola maquinaria con capacidad de producir periódicos, o de hacer transmisiones; o también la existencia de un sólo proveedor de insumos esenciales (como por ejemplo papel para periódicos impresos), puede determinar toda la actividad informativa.

La Constitución prohibe exclusividad, monopolio y acaparamiento, directo o indirecto.

Bastaría con que hubiera dicho que se prohiben las prácticas restrictivas de la competencia y las posiciones dominantes objetivas. Hubiera sido más técnico y, además, consonante con la primera parte del artículo.

La referencia a las formas directa o indirecta, equivale a decir que

habrá que tener en cuenta la realidad y no las formas. Por ejemplo: si la misma persona es propietaria mayoritaria de dos empresas que controlan una parte de esta actividad, en realidad habrá que fijarse en el individuo que tiene el poder y no en las dos formas empresariales que aparecen como distintas pero tienen el mismo dueño. En materia de opinión e información, lo esencial es que las personas puedan expresarse y no que *sólo unos* sean los que tienen la posibilidad de hacerlo. En consecuencia, hay que ir hasta el fondo de las relaciones personales y traspasar las formalidades empresariales.

Como resulta obvio, esta prohibición objetiva de posiciones dominantes y de prácticas restrictivas de la competencia, tiene que ver con la protección de lo que la Constitución de nomina "libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento" en el artículo 2 inciso 4. Sobre el contenido de ellas, nos remitimos al comentario respectivo.

106.6 Normas de rango de ley que se refieren específicamente a la creación de condiciones de competencia en el Perú

Varias de las normas que hemos analizado a propósito se los artículos inmediatamente anteriores del régimen económico, tienen que ver con el establecimiento de condiciones de competencia en el Perú. Sin embargo, se ha dictado algunas normas que específicamente están dirigidas a romper monopolios o limitaciones establecidas por el sistema jurídico previamente. Las principales son las siguientes:

Decreto Legislativo 644 del 04/07/1991.
Elimina todas las restricciones y obstáculos administrativos y legales que impidan el libre acceso a las rutas y tráfico internacional, para las empresas navieras nacionales.

Decreto Legislativo 645 del 06/07/1991.
Faculta a cooperativas y empresas para realizar labores que son efectuadas en los Puertos Marítimos, Fluviales o Lacustres, en las faenas de embarque, desembarque, transbordo y movilización de carga en naves mercantes.

Decreto Legislativo 651 del 24/07/1991.

Establece la libre competencia y acceso de tarifas y rutas respectivamente del servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros.

Decreto Legislativo 685 del 04/11/1991.
Dispone la prohibición de toda forma de monopolio, acaparamiento, prácticas y acuerdos restrictivos en el servicio postal.

Decreto Ley 25457 del 28/04/1992.
Ratifica la plena vigencia de la norma que establece la libre competencia de tarifas en el transporte público urbano o inter urbano de pasajeros.

Ley 26876 del 18/11/1997.
Ley antimonopolio y antioligopolio del Sector Eléctrico.

106.7 El INDECOPI

La legislación peruana ha establecido un órgano que, entre otras funciones, tiene la de control de la competencia en el Perú. Es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, conocido por su sigla INDECOPI. Su ley, Decreto Legislativo 807 del 16 de abril de 1996, establece como funciones de sus comisiones u oficinas lo siguiente:

«Artículo 2.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo, cada Comisión u Oficina del Indecopi tiene las siguientes facultades:

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un regis-

tro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video.

c) Realizar inspecciones, *con o sin previa* notificación en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas».

El INDECOPI tiene las siguientes oficinas y comisiones, establecidas en los artículos 18 y 30 del Decreto Ley 25868, modificado por el Decreto Legislativo 807:

«Decreto Ley 25868 según modificación del Decreto legislativo 807, artículo 18.- El Indecopi tiene siete Comisiones destinadas a la protección de la competencia y de los derechos de los consumidores, así como a facilitar a los agentes económicos el acceso, permanencia y salida del mercado, que son los siguientes:

a) Comisión de Libre Competencia;
b) Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios;
c) Comisión de Protección al Consumidor;
d) Comisión de Represión de la Competencia Desleal;
e) Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales;
f) Comisión de Salida de Mercado; y
g) Comisión de Acceso al Mercado».

« Ley 25868 según modificación del Decreto legislativo 807, artículo 30.- El Indecopi tiene tres oficinas destinadas a la protección de los derechos de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, que son las siguientes:

a) La Oficina de Signos Distintivos;

b) La Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías; y,
c) La Oficina de Derechos de Autor».

Las atribuciones resolutivas de estas oficinas y comisiones están determinadas en la siguiente norma:

«Ley 25868 según modificación del Decreto legislativo 807, artículo 43.- Las resoluciones de las Comisiones, de las oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada en la propia Comisión u oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial *El Peruano* cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores».

Como segunda instancia administrativa, el INDECOPI tiene el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la propiedad intelectual:

"Ley 25868 según modificación del Decreto legislativo 807, artículo 11.- El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual está constituido por dos Salas: la Sala de Defensa de la Competencia, que conocerá de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de las Comisiones del Indecopi y la Sala de la Propiedad Intelectual, que conocerá de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de las Oficinas del Indecopi [...]."

Como órgano de resolución administrativa, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual no tiene jurisdicción y, por consiguiente, sus resoluciones pueden ser impugnadas ante los tribunales:

« Ley 25868 según modificación del Decreto legislativo 807, artículo 17.- Las resoluciones que expida el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, podrán ser impugnadas en la vía judicial, en primera instancia, ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República a que se refiere el artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las resoluciones que expida la referida Sala podrán ser apeladas, en segunda instancia, ante la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República [...]».

El INDECOPI publica periódicamente sus resoluciones más importantes tanto en recopilaciones bajo forma de libro como en el Diario Oficial El Peruano.

107. Artículo 62

> *«Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*
>
> *Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.»*

Antecedentes en la Constitución de 1979

Este artículo carece de antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

Este artículo trata de cuatro temas distintos que podemos analizar separadamente: la garantía de que las partes pueden pactar válidamente

según el Derecho vigente; la aplicación del principio de los derechos adquiridos a las cláusulas contractuales; la solución de los conflictos derivados de las relaciones contractuales y el caso de los contratos-ley.

107.1. Las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes

Esta norma no es sino la ratificación del principio establecido en el artículo 2 inciso 14 de la Constitución, en el sentido que las personas tienen el derecho de contratar libremente con fines lícitos y sin contravenir las normas de orden público. Dice De la Puente y Lavalle:

> El primer concepto contenido en el artículo 62 de la Constitución es la declaración de que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar *válidamente* según las normas vigentes al tiempo del contrato, que constituye una nueva versión de lo dispuesto por el artículo 1354 del Código Civil, de acuerdo con el cual las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo (154).

Dice De la Puente y Lavalle que en esta parte del artículo se recoge la posición conocida como teoría normativista en referencia a la autonomía de la voluntad:

> De acuerdo con la [...] explicación, conocida como teoría normativista, la autonomía privada es concedida a la persona por expresa delegación del ordenamiento jurídico, el cual, para no entorpecer el tráfico económico-jurídico, confía a los particulares la autorregulación en sus intereses, dentro de los cauces que señala dicho ordenamiento.
>
> Personalmente considero que la tesis normativista responde

---

(154) PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. *La libertad de contratar*. Texto mecanografiado de 19 páginas; p. 2. (Es un documento al que hemos tenido acceso por la generosidad del autor, que nos lo facilitó en copia mecanografiada).

mejor a la naturaleza de la autonomía privada. No encuentro razón de peso alguna que justifique que la libertad individual tenga en sí la potencialidad suficiente para crear relaciones obligatorias, porque precisamente esa misma libertad permitiría al hombre deshacer lo que creó (155).

Debate De la Puente y Lavalle con la denominada teoría individualista, según la cual para contratar no hace falta el Derecho objetivo. Basta la existencia de intereses propios para realizar los convenios. Con acierto critica a esta posición porque, donde no es necesario el Derecho objetivo, el reino de la voluntad y del interés propio será el único válido y, por consiguiente, con el mismo fundamento con el que se podría contratar, se podría romper unilateralmente los contratos. Esto no puede ser: el límite de que los contratos son obligatorios y deben ser cumplidos, marca la diferencia y hace necesaria la existencia del Derecho objetivo de contratos que permite el acuerdo de voluntades dentro de un marco de *sociedad civil* dirían los clásicos liberales, es decir, de una sociedad en la que existe un poder superior que hace cumplir las normas a todos los demás. En este caso, esa coerción (y eventual coacción) estaría destinada a garantizar la regla general de que los contratos, una vez perfeccionados, deben cumplirse.

Como contraparte de esta exigencia, está la garantía a los contratantes de considerar siempre válida la voluntad común expresada de acuerdo a las normas vigentes al momento de producirse tal acto. Es decir, que no se invalidará posteriormente *y desde el principio*, la voluntad correctamente dada de acuerdo a la legislación que era inmediatamente aplicable en oportunidad de perfeccionarse el contrato. Desde luego, si leyes posteriores pueden o no cambiar los términos contractuales, es materia distinta. También está establecido en el artículo 62 pero corresponde al tema del siguiente parágrafo.

---

(155) PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. *La libertad de contratar*. Texto mecanografiado; 19 páginas; pp. 3-4.

107.2. La aplicación del principio de los derechos adquiridos a las cláusulas contractuales

El congresista Carlos Torres y Torres Lara, de prominente participación en la elaboración de la Constitución del 1993 ha escrito sobre este tema:

> Hay otro concepto fundamental en este cambio. Es la visión sobre los contratos (art. 62). Se establece una nueva norma por la cual se prohibe la dación de disposiciones legales que modifiquen los contratos, porque ha sido usual en el Perú, como en toda Latinoamérica, ese espíritu de justicia generalizada, en donde un legislador un día piensa que los alquileres están muy altos, y entonces promueve una ley normando que los alquileres quedan congelados, y, por supuesto, muchos aplauden, pero no piensan en aquella anciana que vive con los alquileres de esa casa, o en aquel que trabajó durante 50 años y tiene una indemnización que la invirtió en un pequeño departamento que le sirve para sobrevivir, no se piensa en el enfermo que con ese arrendamiento está pagando su medicina. Esa justicia «general» no es justicia. La nueva Constitución traslada esta función a donde debe estar, al Poder Judicial. Allí debe determinarse el equilibrio de la contratación en la relación uno a uno, y no por decisiones legislativas que a la larga resultan absolutamente demagógicas y paralizadoras de la economía, porque la economía de mercado se basa en la contratación, y si la contratación no es segura, no puede producirse lo que se llama estabilidad para que el capital interno permanezca en el Perú y el externo sea convocado al país (156).

Los casos en los que piensa el autor presentan un lado del problema, que es el de los ancianos que buscan mantener una renta invirtiendo en un bien inmueble que después arriendan. Este aspecto es razonable y conforma una ínfima parte de la contratación social, tanto en número de contratos como en volumen económico. Por encima de ellos, existen innumerables relaciones contractuales que dependen de factores tremenda-

---

(156) TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La Constitución económica en el Perú*. Lima, Asesorandina S.R.L., 1994, p. 4.

mente móviles como pueden ser la tasa de cambio, la de inflación, la de interés, la evolución de la tecnología y de los servicios, la aparición de nuevos productos, etc. El problema de la contratación y de las reglas según las cuales se rige en materia de aplicación en el tiempo, tiene que ser analizado a la luz de todos los problemas que involucra y no solamente de su aspecto más sentimental el que, por otra parte, podría ser perfectamente objeto de una norma particular.

Hasta fines de la segunda década del siglo XX, y en todo caso no más allá de la Gran Depresión de 1929 y sus años sucesivos, en el mundo de los liberales primó la concepción de los derechos adquiridos para establecer las reglas de aplicación de las normas en el tiempo.

Esta teoría sostenía que una vez establecidas las condiciones de un acto jurídico determinado, debían permanecer inalteradas hasta que las mismas partes convinieran lo contrario. Añadía que si las leyes posteriores pretendían modificarla, serían aplicadas *retroactivamente*, es decir, al momento anterior a su vigencia en que fue perfeccionado tal acto jurídico (declaración unilateral, pacto, contrato, etc.)

Léon Duguit, el gran jurista de principios de siglo, escribió a propósito de este tema:

> En el tomo I, páginas 256 y siguientes, he determinado lo que se debe entender por una situación jurídica subjetiva: es una situación individual, especial y temporal, en la cual una o más personas son obligadas a cumplir con una cierta prestación. Esta situación no puede nacer sino de un acto jurídico legalmente querido por una persona determinada. Sin duda, es esta voluntad la que crea la situación, pero el objeto de la prestación, su extensión y las personas a las cuales se refiere son determinados por una operación intelectual de quien realiza el acto jurídico. Cuando existe una situación jurídica subjetiva como consecuencia legalmente válida de un acto jurídico correcto, el derecho objetivo, es decir la ley en vigor en el momento de realización del acto, se aplica dentro de los límites determinados por la operación intelectual del sujeto. De allí se concluye que una ley posterior no puede jamás modificar una situación jurídica subjetiva nacida de manera regular y con anterioridad a su promulgación.

Esto es verdadero para toda situación jurídica subjetiva, cualquiera que sea el acto jurídico del que proceda. A menudo aparece de una situación contractual que el legislador no puede tocar. Pero es preciso decir que si ella es intangible no es porque se trate de un contrato sino porque es subjetiva, individual, y porque su extensión ha sido determinada por un acto intelectual que, en el momento en que se produjo, fue conforme al derecho objetivo vigente (157).

Y luego añade:

«El legislador no puede tocar una situación jurídica subjetiva cualquiera que sea su origen. No puede adoptar una decisión especial e individual, ley simplemente formal, que pueda tener por efecto modificar una situación jurídica subjetiva determinada, una sola situación y no otras. Tampoco puede adoptar una disposición general, emitir una ley a la vez material y formal, que tenga por objeto modificar todas las situaciones jurídicas subjetivas cumplidas ciertas condiciones. Por ejemplo no puede, como hizo durante la guerra y luego de ella, modificar todas las situaciones nacidas de contratos de arrendamiento concertados bajo ciertas condiciones (158).

El mismo autor señala que ya durante y después de la Primera Guerra Mundial, los Estados se vieron obligados a modificar las situaciones subjetivas relativas a ciertos contratos. En este caso menciona el de arrendamiento. Y es que la posibilidad de aplicar esta teoría luego de las inmensas consecuencias económicas y financieras de la Primera Guerra Mundial en Europa y de la Gran Depresión en todo el mundo, desaparecieron totalmente: las moratorias, la modificación de las tasas de interés, los cambios súbitos de precios y otros fenómenos concomitantes hicieron indispensable que las leyes regularan ciertos aspectos de la contratación

---

(157) DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. éditeurs, 1925, pp. 308-309 del tomo V. (Traducción nuestra).

(158) DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel.* Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. éditeurs, 1925, p. 309 del tomo V. (Traducción nuestra).

para adaptarla a las nuevas circunstancias. Así ha ocurrido en todos los países, al menos occidentales, en las últimas décadas.

En el plano teórico, el fenómeno que venimos describiendo consistió en cambiar de la teoría de los derechos adquiridos a la del hecho cumplido que, en síntesis, sostiene que a cada hecho se aplica la norma vigente en su momento: a los efectos del contrato firmado en un determinado momento, se aplicará la ley existente al momento de su perfeccionamiento hasta que dicha ley sea modificada o derogada, momento a partir del cual, a los efectos del mismo contrato se aplicará la nueva legislación.

Este cambio puede notarse en nuestra legislación con toda claridad: el artículo 1824 del Código Civil de 1936 dijo:

"Código Civil de 1936, artículo 1824.- Las disposiciones de este Código regirán los efectos jurídicos de los actos anteriores, si con su aplicación no se violan derechos adquiridos".

Por su parte, el artículo III del Título preliminar del Código Civil de 1984 establece:

"Código Civil de 1984, artículo III del Título Preliminar.- La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú".

Puede notarse que en el Código de 1936 la norma de aplicación en el tiempo respetaba los derechos adquiridos bajo el código anterior (de 1852) y elegía no aplicarles sus normas para no violentarlos. En cambio, el Código de 1984 dice que cada norma se aplica en el momento de su vigencia, con lo que sí puede cambiar las condiciones del acto jurídico de que se trate.

En nuestro criterio, el constituyente ha introducido esta norma de manera completamente asistemática en la Constitución, creando una serie de problemas de interpretación que podemos resumir de la siguiente manera:

- La norma general sobre aplicación en el tiempo está en el artículo 103 que establece en su segundo párrafo: "Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo". Esta disposición constitucional prohibe la retroactividad, pero no dice en qué consiste ella. Por consiguiente, requiere de una norma de desarrollo que lo especifique.

- Dicha norma es el artículo III del Título Preliminar del Código Civil que ya hemos citado y que señala, en pocas palabras, que cada norma se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, es decir, se aplica a todos los hechos que ocurran bajo su vigencia, no importando reglas anteriores, especialmente provenientes de actos jurídicos (género al que pertenecen también los contratos).

- El artículo 62, sin establecer regla general distinta, se refiere a que "Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase".

  Desde que en el Derecho existen diversos tipos de actos jurídicos, constituyendo los contratos sólo una parte de ellos definida en el artículo 1351 del Código Civil, podemos muy bien ver que hay dos reglas para el tratamiento de la aplicación en el tiempo de las leyes. El artículo 1351 dice lo siguiente:

  "Código Civil, artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial".

  Por consiguiente, los contratos se regirán en adelante por el principio de los derechos adquiridos y todos los demás actos jurídicos (declaraciones unilaterales, pactos que no sean contratos, etc.) se regirán por el principio del hecho cumplido.

  Aquí cabe preguntarse si cuando el constituyente en el artículo 62 dice "contratos" quiso decir "pactos" o más ampliamente aún "actos jurídicos". No queda muy claro porque lo razonable era no crear dos sistemas de aplicación en el tiempo sino establecer sólo uno: es más adecuado a la coherencia del sistema jurídico y menos inequitativo.

Lo cierto es que, más allá de la intención del constituyente, se ha establecido dos regímenes, uno para los contratos y otro para el resto de actos jurídicos, que es completamente asistemático.

Que además es inconveniente, queda muy claro de la discusión que ya hemos reseñado a propósito de nuestro comentario al artículo 28 de la Constitución: es bastante evidente que el constituyente no se dio cuenta que su política de establecer el principio de los derechos adquiridos en el artículo 62, contradecía su otra política de modificar por reglas legislativas las cláusulas existentes en los pactos colectivos, a fin de cambiar las regulaciones de las relaciones de trabajo. Cuando algún laboralista señaló que los convenios colectivos gozaban de intangibilidad frente a la ley por el artículo 62 (lo que resulta indiscutible si miramos las cosas con criterio técnico porque todo convenio colectivo es por antonomasia un contrato aunque tenga efectos especiales), los voceros de la mayoría que elaboró la propia Constitución han reaccionado en contrario:

> "Otro de los puntos polémicas 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 este se garantiza que los términos contractuales no puedan ser modificados por leyes ú 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 co-

lectivo, y en qué forma. Debemos establecer si el convenio colectivo es un contrato. Como hemos dicho, 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" (159).

Del propio texto puede deducirse lo siguiente: el convenio colectivo es un contrato. También es fuente de normas de aplicación general. No es sin embargo una disposición legislativa. Al ser un contrato indudablemente le es aplicable el artículo 62 como a cualquier otro contrato que exista porque dicho dispositivo contiene una afirmación que, lógicamente, es universal negativa: "los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase". Para hacer excepción a cualquier tipo de contratos (entre ellos a los convenios colectivos) la Constitución debería haber hecho la declaración expresa correspondiente en su misma letra. Ella no existe.

En definitiva, y como puede verse de estos problemas, consideramos que el establecimiento del principio de los derechos adquiridos a la aplicación en el tiempo de las normas referidas a los contratos es un arcaísmo, traído a la Constitución por razones puramente ideológicas, y que no muestra adecuada ubicación sistemática en relación con las demás normas existentes. En cualquier caso, estimamos que sería necesario uniformizar las teorías aplicables a todos los actos jurídicos y, por consiguiente, elegir entre la de los derechos adquiridos o la del hecho cumplido. En lo que a nosotros concierne, hemos ya sostenido que la posición

---

(159) MARCENARO FRERS, Ricardo. *El trabajo en la nueva Constitución*. Lima, Editorial Cuzco S.A. editores, 1995, pp. 180-181.

más correcta es la del artículo III del Título Preliminar del Código Civil, es decir, recoger el principio del hecho cumplido (160).

No podemos dejar de presentar aquí la opinión de Manuel de la Puente y Lavalle, en referencia al tema que hemos tratado en este parágrafo:

> Personalmente no participo de la posición que ha tomado la segunda parte del artículo 62 de la Constitución, pues soy partidario de un intervencionismo estatal sensible y prudente, que permita alcanzar lo que, con mayor o menor propiedad, se ha denominado la socialización del contrato, expresión que nada tiene que ver con la doctrina del socialismo, pues como dice Bidart Campos, lejos de significar un curso hacia la colectivización de los medios productivos, aspira a desfraccionar la riqueza mal acumulada y a descomprimir el poder económico.
>
> Confío en que una prudente actuación inteligente de la jurisprudencia y una bien inspirada y convincente opinión de la doctrina puedan limitar los alcances, que considero excesivos e imprudentes, de la segunda parte del artículo 62 de la Constitución. Mientras esto no se logre debemos acatar, sin paliativos, que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones que no estén vigentes al tiempo de celebrarse el contrato (161).

Ochoa ha intentado una interpretación de la norma que comentamos en el siguiente texto:

> En nuestro concepto, el artículo 62 que empieza reconociendo la libertad de contratación está previendo normativamente una garantía con rango constitucional: la imposibilidad jurídica de mo-

---

(160) RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988. Cap. III. A esta obra nos remitimos para los fundamentos respectivos.

(161) PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. *La libertad de contratar*. Texto mecanografiado de 19 páginas; p. 10.

dificar por leyes o disposiciones de cualquier clase los términos contractuales pactados por las partes sobre la base de normas vigentes al tiempo de la celebración del contrato. Con relación a esta norma son viables dos interpretaciones:

La primera, que esta garantía es aplicable a todos los contratos siendo una manifestación de seguridad jurídica de la libertad de contratar, en sentido genérico, reconocida como derecho fundamental en el inciso 14 del artículo 2 de la Carta. Esta interpretación encontraría su fundamento en la seguridad jurídica como derecho fundamental de la persona que puede detraerse como tal dentro de los alcances del artículo 3 de la Constitución de 1993 que no excluye otros derechos de naturaleza análoga que se «fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

La segunda, que esta garantía es aplicable sólo a los contratos –ley por interpretación sistemática del primer párrafo del artículo 62 con el segundo. El análisis sistemático de la norma conduciría a la conclusión de que su alcance está limitado a los contratos-ley que precisamente están diseñados en función del compromiso que asume el Estado de mantener invariable su contenido cerrando la posibilidad de su modificación por norma jurídica alguna (162).

Consideramos que la interpretación que hace Ochoa busca encontrar coherencia en el sistema de aplicación de las normas en el tiempo: si sólo se refiriera a los contratos ley (mencionados en la última parte del artículo) indudablemente todo se hallaría en el sitio correcto. Pero creemos que no es el alcance que hay que dar a la norma por dos razones:

- La primera, que el texto se refiere indiscutiblemente a todos los contratos y no sólo a los contratos ley.

---

(162) OCHOA CARDICH, César. *Bases fundamentales de la Constitución económica de 1993*. En *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 93.

- La segunda, que en realidad la precisión de estabilidad de los contratos ley sería innecesaria porque la idea está ya incluida en el concepto mismo y está ratificada en la parte final del artículo.

Consideramos, por tanto, que el principio de los derechos adquiridos ha sido establecido para todos los contratos, sea cual fuere su naturaleza. Por esta razón se hayan incluidos, desde luego, los convenios colectivos (cosa que hemos fundamentado al comentar el artículo 24).

107.3. Solución jurisdiccional de los conflictos de naturaleza contractual

Como decía el congresista Torres y Torres Lara en la cita inicial realizada, la intención del Congreso Constituyente fue trasladar al ámbito jurisdiccional la resolución de todos los problemas de naturaleza contractual. Para ello se mencionan tanto la vía arbitral como la de planteamiento de una demanda ante los tribunales ordinarios (caminos ambos perfectamente reconocidos en las leyes y que tienen sus propias reglas de funcionamiento que no corresponde analizar aquí).

Desde luego, las diferencias entre partes de un contrato que pueden llevar a requerir una solución jurisdiccional son, en términos prácticos, infinitas y no tiene objeto repasar aquí ni siquiera sus rubros más globales. El Código Civil tiene ciertas instituciones clásicas como la lesión (artículos 1447 y siguientes) o las obligaciones de saneamiento (artículos 1484 y siguientes).

Sin embargo, lo que atañe al problema de este artículo es aquella situación en la cual el contrato comienza adecuadamente y a satisfacción de las partes pero, a través del tiempo y por circunstancias que no se pudo prever al perfeccionarlo, se producen desequiparidades en las prestaciones que lo hacen especialmente gravoso para una o más de las partes involucradas. En tal caso se puede producir una renegociación del contrato pero, si no se llegara a algún acuerdo razonable, la parte perjudicada puede interponer una acción en vía de excesiva onerosidad de la prestación, que está descrita en el artículo 1440 del Código Civil:

"Código Civil, artículo 1440.- En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser ex-

cesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que le reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas".

Sobre esta institución dice Manuel de la Puente y Lavalle:

"Sin embargo, cuando el ordenamiento se encontró frente a una ruptura sobreviniente del equilibrio contractual que no obedece a inejecución por causa imputable al contratante infiel o a imposibilidad, sino a dificultad en la ejecución de la prestación, que continúa posible, ha dudado sobre la solución a adoptar.

Esta duda obedece fundamentalmente al desconcierto de la doctrina y de la jurisprudencia ante el enfrentamiento entre un principio fundamental de todos los ordenamientos jurídicos desarrollados (pacta sunt servanda) y una cláusula que desde antiguo se ha considerado tácitamente contenida en todos los contratos (rebus sic stantibus). Es la lucha entre la fuerza obligatoria del contrato y las consecuencias de la subsiguiente alteración de las circunstancias en que éste fue celebrado. Se ha llegado a dramatizar el problema dándole el carácter de un choque entre la seguridad jurídica y la justicia (163).

Y luego, en relación a la justificación de la institución sostiene:

---

(163) PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. *El Contrato en general.* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. Parte II, Tomo V, p. 99.

Si por sobrevenir un acontecimiento extraordinario e imprevisible la prestación a cargo de una de las partes llega a ser excesivamente onerosa, superando el riesgo propio del contrato, ello determina que el contenido del interés de esa parte, que está constituido por la prestación a su cargo, sufra la correspondiente modificación, con lo cual se romperá la proporcionalidad original entre las prestaciones, lo que determinará, a su vez, con la limitación expuesta anteriormente, la ruptura del equilibrio de los intereses de las partes.

Como, según se ha visto, la existencia de tal equilibrio es la razón determinante de la celebración del contrato, la ruptura del mismo justifica que, en primer lugar, se reduzca la prestación o se aumente la contra-prestación, con lo cual la prestación y la contraprestación volverán a recobrar la proporcionalidad original con la consiguiente recuperación del equilibrio de los intereses de las partes. En caso que, por las circunstancias, no fuera posible reducir la prestación o aumentar la contraprestación, o si lo solicitara el demandado, se justifica también que se resuelva el contrato a fin de que, al dejar de existir la relación jurídica obligacio-nal creada por éste, desaparezca el interés de las partes en ejecutar dicha relación, siendo ésta una segunda manera, más drástica, de evitar el desequilibrio mediante la supresión de los intereses (164).

Es de verse que el procedimiento judicial correspondiente tendrá que analizar cuidadosamente los supuestos del contrato y la evolución de la relación contractual. Supone una tarea delicada y compleja en manos del juez que se justifica cuando la situación se produce dentro de la relación interindividual, pero que es menos justificable cuando se trata de circunstancias en las que son fenómenos globales de la sociedad o de la economía que fuerzan a situaciones objetivas de este tipo.

Obviamente, este tema está conectado con el inmediatamente anterior referido al principio de los derechos adquiridos. Pensamos que las Constituciones no tienen porqué establecer reglas como la que contiene

---

(164) PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. *El Contrato en general*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. Parte II, Tomo V, pp. 116-117.

el artículo 62 que recargan a los tribunales (gravando de paso a las partes perjudicadas) con juicios de excesiva onerosidad que, bien, podrían ser solucionados con normas de orden público que establecieran reglas generales aplicables a circunstancias de efecto generalizado que requirieran reajustes globalmente uniformes en los contratos.

La vida económica actual tiene dimensiones planetarias y lo que pueda ocurrir unas horas antes en la bolsa de Tokio, o en la de México, podrá muy bien tener efectos en el Perú. Estas consecuencias pueden ser de largo o de corto plazo y pueden requerir medidas extraordinarias que controlen un flujo imprevisto de capitales o un alza desmesurada de tasas de interés o de cambio. Pero también pueden requerir ajustes estructurales en la economía que sean aplicados por un cierto tiempo, hasta corregir las tendencias desestabilizantes.

Es mejor hacer todo ello por normas jurídicas de aplicación general, que buscarlo a través de procedimientos judiciales que solamente recargan la labor de los jueces y, normalmente, producen resoluciones finales cuando el problema ya hizo crisis y agravó aún más la situación de las partes.

También desde este punto de vista, en consecuencia, nuestra opinión es que se debe modificar el artículo 62 de la Constitución, y que se debe retornar a la tesis del hecho cumplido, contenida en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, como regla general para la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo.

107.4. Los contratos ley

Dice la Constitución que mediante los contratos ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades sin que puedan ser modificados legislativamente (salvo la protección jurisdiccional).

Los contratos ley tienen esta denominación, precisamente, porque una vez acordados y aprobados por el Estado, son inmodificables por el plazo que en ellos se establezca. Su finalidad consiste en dar garantía a los contratantes con el Estado, de que las condiciones pactadas se mantendrán al margen de los cambios legislativos que se establezca. De esta

manera, los inversionistas pueden hacer un cálculo acertado de costos e inversión para el largo plazo. Por ello, estos contratos se llevan a cabo, principalmente, para obras de larga maduración o de alta inversión para explotación duradera (típicamente, contratos de explotación minera).

Un antecedente de esta norma es el artículo 1357 del Código Civil sobre el que dice De la Puente y Lavalle:

> Tal como se indica en la Exposición de Motivos de este artículo, uno de sus antecedentes es la sistemática contenida en el Capítulo III del Título Octavo de la Ley General de Minería, aprobada por Decreto Legislativo N. 109.
>
> Según el artículo 157 de dicha Ley, a fin de promover la inversión y facilitar el financiamiento de los proyectos mineros con una determinada capacidad inicial mínima o de ampliaciones destinadas a llegar a esa capacidad, el Poder Ejecutivo queda autorizado para asegurar contractual-mente el régimen de beneficios que se indica en este artículo (estabilidad tributaria, ampliación de tasa anual de castigos, revaluación, reducción de la tasa del impuesto a la renta, etc.) (165).

Durante los años noventa se ha legislado extensivamente sobre esta materia en el Perú. La norma central es el Decreto Legislativo 662 del 02 de Setiembre de 1991 que aprueba régimen de estabilidad jurídica a la inversión extranjera. Sus principales normas son las siguientes:

«Decreto Legislativo 662, artículo 10.- El Organismo Nacional Competente, en representación del Estado, podrá celebrar con los inversionistas extranjeros, con anterioridad a la realización de la inversión y al registro correspondiente, convenios para garantizarles los siguientes derechos:

---

(165) PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. *El Contrato en general.* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. Parte I, Tomo I, p. 358.

a) Estabilidad del régimen tributario vigente al momento de celebrarse el convenio.

En virtud de la estabilidad del régimen tributario que se garantiza, el inversionista extranjero respecto al impuesto a la renta de cargo de la empresa receptora de la inversión y al que afecte las utilidades que se le atribuyan y/o los dividendos que se distribuyan en su favor, no se verá afectado con una tasa mayor que aquella considerada en el convenio correspondiente, de manera tal que si el Impuesto a la Renta de cargo de la empresa aumentara, se reducirá la tasa que afecte al inversionista extranjero en la parte necesaria para permitir que la utilidad de la empresa que finalmente sea de libre disposición para él, sea por lo menos igual a la garantizada;

b) Estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y de los derechos contemplados en los artículos 7 y 9 del presente Decreto Legislativo; y,

c) Estabilidad del derecho a la no discriminación contemplado en el artículo 2 del presente Decreto Legislativo».

La estabilidad tributaria sirve precisamente para que el inversionista pueda calcular los retornos de su aporte de capital en el largo plazo y, así, decida su posible tasa de retorno a la inversión. La estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas le asegura la oportuna adquisición de bienes e insumos en el extranjero y la posibilidad de remesar utilidades al exterior; la estabilidad del derecho a la no discriminación también le permite mantenerse en igualdad de condiciones con la empresa nacional.

Hay que aclarar que estas normas fueron dictadas el año 1991 cuando la Constitución de 1979 permitía discriminación entre capital extranjero y nacional. Esto ha sido ahora sustituido por el artículo 63 que ordena las mismas condiciones para ambos. También hay que tener en cuenta que el artículo 64 de la propia Constitución garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera. En consecuencia, luego de la vigencia de la Constitución de 1993, la verdadera garantía de estabilidad que da este artículo es la que concierne a materia tributaria.

Además, el artículo 12 establecía otras posibles cláusulas de estabilidad tributaria según el tipo de inversión a realizar:

«Decreto Legislativo 662, artículo 12.- Las empresas que se constituyan o las ya establecidas en el Perú con nuevos aportes de capitales extranjeros efectuados de conformidad con el artículo anterior, gozarán de los siguientes derechos:

a) Estabilidad de los regímenes de contratación de trabajadores en cualesquiera de sus formas; y,

b) Estabilidad de los regímenes especiales orientados exclusivamente a la exportación como admisión temporal, zonas francas industriales, comerciales y turísticas, zonas de tratamiento especial, y otros que se creen en el futuro.

Tales derechos permanecerán vigentes en tanto el inversionista extranjero no incurra en lo dispuesto en el último párrafo del artículo anterior, y los respectivos convenios que suscriban las empresas antes indicadas, sus inversionistas extranjeros y el Organismo Nacional Competente, no sean resueltos o rescindidos de acuerdo a lo establecido en dicho párrafo».

La seguridad está dada en tanto el inversionista no incumpla los aportes de capital a que se ha obligado, no los reduzca o no los transfiera a terceros que son los límites que pone el último párrafo del inciso 11 aludido en la parte final.

Finalmente, el Decreto Legislativo 662 establece las condiciones de estabilidad en los artículos 14 y 15. Dice:

«Decreto Legislativo 662, artículo 14.- El Estado se obliga a mantener vigentes los convenios de estabilidad celebrados de conformidad con las disposiciones contenidas en el presente título hasta su culminación, no pudiendo modificarlos unilateralmente por decreto supremo expedido al amparo del inciso 20) del artículo 211 de la Constitución Política del Perú».

«Decreto Legislativo 662, artículo 15.- Los convenios de estabili-

dad se otorgarán por un plazo de vigencia de diez años contados a partir de la fecha de su celebración».

Para el caso específico de la privatización de empresas públicas, la ley 26438, del 06 de Enero de 1995, ha establecido los términos generales en los que se puede dar contratos de estabilidad a los adquirentes. Dice, modificando el artículo 2 del Decreto Ley 25570:

«Decreto ley 25570 modificado por el artículo 6 de la ley 26438, artículo 2.- De acuerdo a lo señalado en el artículo 1357 del Código Civil, el Estado queda autorizado para otorgar mediante contrato, a las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, que realicen inversiones en las empresas y entidades del Estado, incluidas en el proceso a que se refiere el Decreto Legislativo 674, bajo cualquiera de las modalidades previstas por el artículo 2 de dicha norma, las seguridades y garantías que mediante Decreto Supremo, en cada caso, se consideren necesarias para proteger sus adquisiciones e inversiones, de acuerdo a la legislación vigente».

Como podemos apreciar, los términos de la autorización dada en este artículo son bastante más amplios que los establecidos en el Decreto Legislativo 662.

Además, merecen destacarse en este ámbito otras dos disposiciones:

- El Decreto Supremo 162-92-EF del 09 de Octubre de 1992, reglamento de las disposiciones del Decreto Legislativo 662; y,
- El Decreto Supremo 32-95-EF del 23 de febrero de 1995, que contiene el Reglamento de la Garantía de Estabilidad Tributaria y de las Normas Tributarias de la Ley Orgánica de Hidrocarburos.

Una hipótesis interesante que plantea De la Puente y Lavalle consiste en saber si, bajo el argumento formal de que una ley deroga a otra ley anterior, el Estado podría quitar validez a los contratos ley por una norma derogatoria. Coincidimos con él en la respuesta negativa. Dice:

> Se esgrime como argumento en contra de la eficiencia del artículo 1357 del Código Civil que el Estado, en virtud del jus im-

perium que le es connatural, puede en cualquier momento y sin expresión de causa derogar la ley que concedió la autorización para celebrar el contrato mediante el cual se otorgan las garantías y seguridades, con lo cual éstas desaparecen.

Pienso que esto no es así. Si la personalidad jurídica del Estado es una sola, respecto de lo cual hay unanimidad en la doctrina moderna, no es posible que actúe de una manera como contratante y de otra distinta como autoridad, desde que no puede partirse en dos ni quitar con una mano lo que legítimamente ha dado con la otra. El sometimiento voluntario del Estado a la relación contractual, justificado por el artículo 1357 del Código civil, determina que haya renunciado implícitamente a ocupar su rol de autoridad, y por consiguiente a ejercitar irrestrictamente su jus imperium, en lo que es materia del contrato. No olvidemos que todo contratante, aun el Estado, por el hecho de celebrar el contrato pierde su libertad de desobligarse unilateral e injustificadamente de la relación jurídica (166).

Cabe añadir a todo esto que el Decreto Supremo 162-92-EF del 09 de Octubre de 1992, que contiene el Reglamento de los regímenes de garantía a la inversión privada, establece una norma curiosa en su artículo 24:

«Decreto Supremo 162-92-EF, artículo 24.- En mérito a lo prescrito en las normas legales a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto Supremo, por medio de los convenios de estabilidad jurídica se otorga excepcionalmente ultractividad al régimen legal que regía al momento de suscribirse el convenio y en tanto se encuentre vigente el mismo, en las materias sobre las cuales se otorga la estabilidad.

La ultractividad a que se refiere el párrafo anterior implica que a quienes se encuentren amparados por convenios de estabilidad jurídica se

---

(166) PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. *El Contrato en general*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. Parte I, Tomo I, p. 370.

les seguirá aplicando la misma legislación que regía al momento de la suscripción del convenio, sin que les afecten las modificaciones que se introduzcan a la misma sobre las materias y por el plazo previstos en dicho convenio, incluida la derogatoria de las normas legales, así se trate de disposiciones que resulten menos o más favorables».

La norma anuncia el compromiso del Estado de respetar los contratos dando ultraactividad a la normatividad existente al momento de su firma y esto es correcto, desde que precisamente de eso se tratan estos convenios. La parte final inclusive, indica que no interesa para la ultraactividad que las disposiciones posteriores sean más o menos favorables: en cualquier caso seguirán vigentes las antiguas.

Lo curioso es que esto se diga por Decreto Supremo porque nunca una norma de este rango puede inhibir de su aplicación a la norma de rango de ley que le es superior. Lo lógico es que este artículo figurara en el Decreto Legislativo del que este Decreto Supremo es reglamento. Allí hubiera estado adecuadamente colocada, en fondo y forma. Hay que recordar, sin embargo, que el Decreto Supremo 162-92-EF fue dictado durante el período de gobierno *de facto* que rigió al Perú entre el 5 de abril y el 31 de diciembre de 1992. En aquella mentalidad era posible dictar un decreto de esta naturaleza (cosa que, sin embargo, nunca hicieron los gobiernos *de facto* militares que sí respetaron escrupulosamente la jerarquía del orden jurídico en sus aspectos formales). Sin embargo, no podría tener validez restablecido el orden constitucional.

108. Artículo 63

> ***«Artículo 63.- La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.***
>
> ***En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el***

sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Disposiciones que puedan ser antecedentes constitucionales en materia de comercio internacional sólo encontramos en la Constitución de 1837 y, probablemente, ello se deba a que se trataba de una Confederación en la que los puertos eran vitales para cada una de las partes integrantes:

«Constitución de 1837, artículo 35.- Cada una de las Repúblicas Confederadas tendrá a lo menos un puerto mayor para mantener el comercio con las naciones extranjeras».

La denominada Cláusula Calvo en el Derecho Internacional latinoamericano del siglo XX, aparece en el artículo 17 de la Constitución de 1933:

«Constitución de 1933, artículo 17.- Las compañías mercantiles, nacionales o extranjeras, están sujetas, sin restricciones, a las leyes de la República. En todo contrato del Estado con extranjeros, o en las concesiones que otorgue aquél en favor de éstos, debe constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y a los tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las normas antecedentes de ésta en la Constitución de 1979 son las siguientes:

"Artículo 114.- Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reserva de dichas actividades en favor de los peruanos".

"Artículo 117.- El comercio exterior es libre dentro de las limitaciones que la ley determina por razones de interés social y de desarrollo del país.

El Estado promueve la cooperación entre los pueblos para alcanzar un orden económico internacional justo".

"Artículo 136.- Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público o en las concesiones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquéllos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática.

Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú".

Ambas Constituciones establecen marcos generales distintos que, nuevamente, impiden una comparación en paralelo. Por ejemplo, ambas reconocen la libertad de comercio exterior, pero la de 1979 lo armoniza con el interés social y el desarrollo del país, en tanto que la de 1993 permite limitaciones sólo cuando otro Estado estorba la competencia internacional contra el Perú. Al propio tiempo, la Constitución de 1979 propugna en el texto un orden económico internacional justo en tanto que la de 1993 se limita a buscar garantía para la libre competencia.

En lo referente a la inversión extranjera, la Constitución de 1979 permitía entregar actividades sólo a peruanos y sometía a los capitales extranjeros a la ley peruana, pero no establecía si en condiciones de

igualdad o desigualdad (aunque el artículo 137 de la misma Constitución establecía ciertos límites y supervisiones que no eran aplicables a la inversión nacional). En cambio, la Constitución de 1993 establece las mismas condiciones para la inversión nacional y extranjera.

En lo referente a los contratos del Estado y de las personas de Derecho Público con extranjeros, ambas Constituciones exigen el sometimiento a las leyes y tribunales peruanos con excepción de los contratos financieros.

Sin embargo, en su párrafo final, el artículo 63 de la Constitución de 1993 permite al Estado y personas de derecho público, someter controversias derivadas de relaciones contractuales a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor y a arbitraje nacional o internacional según diga la ley. Esta posibilidad es una apertura que no existía en la Constitución de 1979. Si se hubiera hecho esto durante su vigencia, se hubiera tratado de una decisión inconstitucional.

Análisis exegético

El artículo contiene tres disposiciones distintas entre sí: la igualdad de trato a la inversión nacional y extranjera; la libertad de comercio exterior, y las reglas que determinan la jurisdicción y ley aplicable a los contratos que celebren el Estado y las personas de Derecho Público con extranjeros. Los abordaremos por separado.

108.1 La igualdad de trato a la inversión nacional y extranjera

En décadas pasadas fue aceptado que la inversión nacional debía ser protegida y la inversión extranjera controlada y restringida. En muchos casos se llegó a nacionalizarla.

En los últimos años, sin embargo, con el inmenso desarrollo de las comunicaciones y con la facilidad creciente con la que circulan los capitales en el mundo, han ocurrido dos fenómenos no fácilmente imaginables hace relativamente poco tiempo, digamos a mitad del siglo XX:

- Los capitales fluyen incesantemente atravesando las fronteras, con sólo una llamada de teléfono o un fax autorizando compras y ven-

tas impresionantes. Del 100% de transacciones monetarias que existen en el mundo actual, 98% son especulativas y sólo 2% corresponden al pago real de bienes y servicios.

- Por lo mismo, determinar exactamente en manos de quién está la porción de capital que hace de una empresa nacional o extranjera, es tarea casi imposible, sobre todo si las acciones de ella pueden estarse negociando simultáneamente en varias bolsas del mundo. Y esto, sin tener en cuenta que la determinación de lo que es *capital extranjero* en el mundo actual es sumamente difícil por las transacciones que constantemente se realizan en el país y en el exterior. Es probable que tengamos la seguridad de que ciertos capitales son nacionales y ciertos capitales son extranjeros pero, en el medio, habrá una significativa zona gris que hará muy difícil aplicar normas de control de la inversión extranjera con adecuada discriminación.

Estas son razones que han llevado al constituyente de 1993 a dar igual tratamiento a la inversión extranjera que a la nacional, salvo ciertas restricciones como la del artículo 71 de la Constitución, que establece limitaciones para que los extranjeros adquieran o posean, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles o fuentes de energía dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras.

La igualdad ha sido tratada y detallada en el Decreto Supremo 162-92-EF del 09 de octubre de 1992, cuyo título preliminar dice en su artículo I:

"Decreto Supremo 162-92-EF, norma I del *Título* Preliminar.- Todo inversionista, sea nacional o extranjero, así como las empresas en que éstos participan, están amparados por las garantías a la inversión privada contenidas en el artículo 38 del Decreto Legislativo 757 y en el capítulo I del título II del presente Decreto Supremo, que se plasman en los siguientes derechos:

a) El derecho a la no discriminación entre inversionistas y empresas, atendiendo a la nacionalidad de los mismos, los sectores o tipo de actividades económicas que desarrollen, la ubicación geográfica de las empresas, ni en las siguientes materias:

- Cambiaria;
- Precios, tarifas o derechos no arancelarios;
- Forma de constitución empresarial;
- Su condición de personas naturales o jurídicas; ni,
- Ninguna otra causa de efectos equivalentes;

b) El derecho a la no discriminación entre empresas en función a la titularidad estatal del capital;

c) El derecho a la propiedad privada;

d) El derecho a desarrollar la actividad económica de su preferencia;

e) El derecho a la libertad de empresa o industria;

f) El derecho a la libertad de comercio exterior;

g) El derecho a la libertad de comercio interno;

h) El derecho de las empresas a acordar libremente la distribución del íntegro de las utilidades o dividendos que generen;

i) El derecho de los inversionistas a recibir la totalidad de las utilidades o dividendos que les correspondan;

j) El derecho a adquirir acciones, participaciones o derechos similares; y,

k) El derecho a utilizar el tipo de cambio más favorable que se encuentre en el mercado cambiario.

Adicionalmente, las inversiones que se realizan con recursos provenientes del exterior gozan de las garantías inherentes a su condición de capital foráneo, referidas al derecho a la remesa de utilidades y capitales, que abarca el derecho a utilizar para el efecto el tipo de cambio más favorable que se encuentre en el mercado cambiario.

Todas las garantías a que se refiere la presente norma son reconocidas en favor de los inversionistas nacionales y extranjeros y las empresas

en que éstos participan y, en consecuencia, su cumplimiento es exigible por éstos desde la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo 757-Ley marco para el crecimiento de la inversión privada".

Como podemos apreciar, la igualdad de trato abarca numerosos ámbitos que, del texto de este artículo, quedan bastante claros en sí mismos.

La igualdad de trato a todo tipo de empresas existentes ya estaba establecida en el artículo 60 de la Constitución. Aquí, en el artículo 63, se ha hecho una especificación adicional del principio.

108.2. La libertad de comercio exterior

También el comercio internacional (como la producción de bienes y servicios, a la que ya se había aludido con las libertades del artículo 59) es declarado libre en la parte de la Constitución que comentamos. Esto quiere decir que no se le pondrán barreras ni restricciones ni limitaciones, otras que los derechos arancelarios y los procedimientos de aduana que el Estado tiene completa atribución de establecer. Con ello, todo bien legítimo puede ser importado y exportado. Indudablemente, le ayudará el mandato del artículo 64 que establece la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.

En nuestro país fue con el Decreto Legislativo 668 del 14 de Setiembre de 1991 que se estableció, antes de la Constitución que comentamos, las reglas de la libertad de comercio exterior:

«Decreto Legislativo 668, artículo 2.- El Estado garantiza a los agentes económicos el libre acceso a la adquisición, transformación y comercialización de bienes, tanto finales como insumos y materias primas, y prestación de servicios».

Este artículo contiene la declaración general de libertad de comercialización de bienes y servicios tanto en el comercio interno como en el exterior. Nótese que no hay exclusión alguna, como tampoco la hay en el primer párrafo del artículo 63 de la Constitución. Están incluidos todos los procesos productivos y de circulación, de manera que no existen eslabones del proceso económico en los que no haya libre acceso.

«Decreto Legislativo 668, artículo 3.- El Estado promueve las actividades necesarias para el desarrollo del comercio exterior e interior, incluyendo la infraestructura vial, de telecomunicaciones, puertos, aeropuertos, almacenes y otras similares. Asegura asimismo la libre participación del sector privado a fin de generar la competencia requerida para la prestación más eficiente de tales servicios».

De este artículo 3 deben entenderse dos cosas complementarias entre sí:

- La primera es que el Estado asume el deber de promover el comercio exterior e interior y para ello debe tener especial dedicación a dotar al país de la infraestructura necesaria, cuyos rubros enumera no taxativamente el mismo artículo.

- La segunda es que el Estado no asume excluyentemente este deber sino que permitirá la libre participación del sector privado para generar condiciones de competencia que permitan asignar mejor los recursos y obtener mayor eficiencia productiva con menores costos.

«Decreto Legislativo 668, artículo 4.- Queda eliminado y prohibido todo tipo de exclusividad, limitación y cualquier otra restricción o práctica monopólica en la producción y comercialización de bienes y la prestación de servicios de toda clase, incluyéndose aquellas realizadas por dependencias del Gobierno Central, entidades públicas, empresas comprendidas en la Ley 24948 y por cualquier organismo o institución del Estado».

«Decreto Legislativo 668, artículo 12.- El Estado garantiza el derecho de toda persona natural o jurídica a realizar operaciones de comercio exterior sin prohibiciones ni restricciones paraarancelarias de ningún tipo, quedando por lo tanto sin efecto las licencias, dictámenes, visaciones previas y consulares, registros de importación, registros de cualquier naturaleza y condicionamientos previos de cualquier naturaleza que afecten la importación o exportación de bienes. Asimismo, dese fuerza de ley al artículo 2 del Decreto Supremo 060-91-EF.

Quedan exceptuados de lo dispuesto en el párrafo anterior, las prohibiciones establecidas en el Texto Unico de Productos de Exportación

Prohibidas; los derechos y obligaciones emanados de los convenios internacionales suscritos por el país; la Ley 24047 - Ley General de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación; y las medidas de emergencia que se requieren para asegurar la salud de la población y para garantizar la seguridad externa y el orden interno. Dichas medidas excepcionales de emergencia y de carácter temporal, deberán adoptarse por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas».

El decreto establece una derogación universal de las normas que establecían restricciones al comercio interno o externo, por cualquier razón. En virtud de ella, no habrá necesidad de realizar los trámites antes establecidos, ni de obedecer las prohibiciones.

Sin embargo, el segundo párrafo salva ciertos casos de excepción: algunos permanentes como los rubros previstos en los tratados y en la Ley 24047 y otros eventuales, que deberán ser tomados como situaciones excepcionales. Hay que recordar que el artículo 72 de la Constitución autoriza lo siguiente: "La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes".

«Artículo 15.- El Estado garantiza la adopción de medidas destinadas a evitar y corregir las distorsiones creadas por las prácticas de competencia desleal en el comercio internacional, tales como dumping y subsidios.

El procedimiento para la aplicación de derechos antidumping y compensatorios derivados de la aplicación de lo dispuesto en el párrafo precedente serán aprobados por decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y quedan exceptuados de lo establecido por el artículo 10 del presente Decreto Legislativo».

Este artículo está destinado a reponer la equidad en las transacciones internacionales, cuando el país que nos exporta productos lo hace con medidas desleales que conducen a poner artificialmente en mejor pie de competencia a sus productos que a los producidos internamente por nosotros. Ello ocurre a través del *dumping* o disminución artificial de precios

para que el productor interno no pueda competir; o mediante subsidios que se dan al exportador para que verdaderamente, aparente ofrecer un precio más bajo.

Estas medidas del exportador hacia nosotros deben ser contrarrestadas con la imposición de determinadas sanciones a los productos así importados, de manera que, normalmente con una tasa adicional a la arancelaria y de naturaleza sancionadora completamente distinta a la de ella que es esencialmente tributaria, se corrige el efecto distorsionante que produce en el mercado interior del país y permite que nuestros productores compitan en pie de igualdad.

En el Perú la manera de luchar contra el *dumping* y los subsidios a las exportaciones que hacemos, está determinada en el Decreto Supremo 133-91-EF del 12 de junio de 1991. En él se establece lo siguiente:

«Decreto Supremo 133-91-EF, artículo 2.- Se considera que una importación se efectúa a precio de «dumping» cuando el precio de exportación del producto de su país de origen o de exportación es menor al valor normal de ese mismo bien o de un producto similar, destinado al consumo o utilización en dicho país en operaciones comerciales normales.

Para efectos del presente Decreto Supremo se entiende por producto similar a aquel que tenga características que lo asemejen al producto de importación, tomando en consideración su naturaleza, calidad, uso y función».

El *dumping* vincula el precio de exportación del producto y el precio que tiene dicho producto, o uno similar, en el mercado interno. Esta disposición de comparar precios de productos idénticos o similares tomando en consideración su naturaleza, calidad, uso y función es muy importante en esta materia pues puede bien ocurrir que el exportador tenga para el mercado interno un producto nominalmente distinto pero igual en sustancia, o un producto con muy pequeñas modificaciones que no alteran su naturaleza.

Lo importante es que el exportador de un país tenga un precio similar al del producto vendido dentro de su propia sociedad. Si el precio de exportación fuese menor, entonces estaremos ante un caso de *dumping*.

«Decreto Supremo 133-91-EF, artículo 7.- Se considera que una importación ha sido subsidiada cuando la producción, fabricación, transporte o exportación del bien importado o de sus materias primas o insumos, han recibido directa o indirectamente, cualquier prima, ayuda, reintegro, premio, subsidio o similares en el país de origen o de exportación.

El empleo de tipos de cambio múltiples en el país de origen o de exportación no podrá ser considerado como subsidio».

El primer párrafo establece los casos en que hay subsidio: ocurre en todos los casos en los que directa o indirectamente, el exportador haya recibido ciertas cantidades de dinero a propósito de la exportación de dicho bien. El segundo párrafo no considera subsidio los tipos de cambio múltiples. Estos ocurren cuando en un país se fijan dos tipos de cambios distintos. Por ejemplo: un sol por un dólar para el turista, y un sol con cincuenta centavos por un dólar para el exportador: éste recibe mucho más por los dólares que adquiere con sus exportaciones, que lo que le pagaría un turista al comprarle sus dólares para irse al extranjero. Sin embargo, y a pesar de ello, se considera inadecuado tomarlo por un subsidio.

«Decreto Supremo 133-91-EF, artículo 9.- Podrá establecerse derechos antidumping a la importación de todo producto a precio de «dumping», cuando ella cause, o amenace causar, perjuicio a una producción en el Perú.

Asimismo, podrá establecerse derechos compensatorios para contrarrestar cualquier subsidio concedido directa o indirectamente en el país de origen o de exportación a la fabricación, producción, exportación o transporte, de cualquier producto cuya importación cause perjuicio, o amenaza de perjuicio, a la producción existente en el Perú.

Los derechos antidumping, así como los derechos compensatorios referidos en el presente artículo tienen la condición de detracciones compensatorias para evitar daños a la economía del país y no constituyen, en forma alguna, tributo.

Para efectos del presente artículo se tipifica el perjuicio en las im-

portaciones realizadas conforme a lo previsto en los artículos 2 y 7 del presente Decreto. Se entiende que hay amenaza de perjuicio cuando las importaciones retrasen sensiblemente el establecimiento o desarrollo de una producción en el Perú».

En los casos de *dumping* o subsidio, el efecto práctico consiste en que los bienes importados ingresan al Perú a precios no competitivos e inferiores a los que deben colocar los productores nacionales si no tienen a su vez subsidios. La solución, entonces, es establecer un *derecho compensatorio*, es decir, un porcentaje del valor del bien que debe ser pagado al Estado para que el precio del producto importado no sea artificialmente inferior al del producto interno. El artículo que acabamos de ver dice claramente que este derecho compensatorio no es un tributo y tiene razón: en realidad es una sanción.

Todas estas disposiciones son perfectamente coherentes con la parte final del primer párrafo del artículo 63 de la Constitución: "Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas".

Puede verse que el artículo está mal redactado en esta parte porque no se trata de que *analógicamente* el Estado peruano también haga dumping o pague a su vez subsidios, sino que lo que se pretende es que los bienes no ingresen subvaluados a nuestro mercado. Por ello, en vez de autorizar a adoptar *medidas análogas*, la Constitución debería haber autorizado a adoptar *medidas compensatorias*. Con una interpretación de *ratio legis*, inmediatamente se descubre que el sentido correcto de la norma es este último.

Sólo cabe añadir que, según el Decreto Ley 25909 del 01 de Diciembre de 1992, la regulación del comercio la hace exclusivamente el Ministro de Economía y Finanzas:

«Decreto Ley 25909, artículo 1.- Ninguna entidad, con excepción del Ministerio de Economía y Finanzas, puede irrogarse la facultad de dictar medidas destinadas a restringir o impedir el libre flujo de mercancías mediante la imposición de trámites, requisitos o medidas de cualquier naturaleza que afecten las importaciones o exportaciones. En este

sentido, son nulos todos los actos que contravengan lo dispuesto en el presente artículo, siendo sólo exigible en las mencionadas operaciones aduaneras el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo 722, el Decreto Legislativo 688 y las demás normas de comercio exterior».

108.3. El sometimiento jurisdiccional de los contratos firmados por el Estado y otras personas de Derecho Público con extranjeros

También en esta parte la Constitución (párrafos segundo y tercero del artículo 63) tiene una estructuración deficiente. Lo que aquí ocurre es que la taxonomía hecha de las diferentes hipótesis de hecho sobre la contratación estatal, no discrimina adecuadamente todas las hipótesis. El cuadro que hacemos a continuación nos permitirá demostrarlo:

Tipo de contrato del Estado	Jurisdicción Nacional	Jurisdicción Extranjera	Tribunales de Tratados	Arbitraje Nacional	Arbitraje Internacional	Reclamación Diplomática
Con extranjeros domiciliados	SI	NO	NO	SI	NO	NO
Contratos financieros	SI	SI	SI	SI	SI	NO
Todo contrato con extranjeros domiciliados	SI	NO	SI	SI	SI	NO
Todo contrato con extranjeros no domiciliados	SI	NO	SI	SI	SI	?

De este cuadro puede verse que en los tres primeros tipos de contratos aparecen los extranjeros domiciliados y las normas son contradictorias en las siguientes columnas:

- Sometimiento a jurisdicción extranjera.
- Tribunales de tratados de los que Perú sea parte y estén en vigor.
- Sometimiento a arbitraje internacional.

A su vez, en los renglones segundo y cuarto están los no domiciliados y las normas se contradicen en las columnas:

- Sometimiento a la jurisdicción extranjera;
- Sometimiento a arbitraje internacional.

En la fila 4, la reclamación diplomática no está proscrita expresamente cuando se trata de contratos hechos con extranjeros no domiciliados y no haya materia financiera de por medio.

En nuestro criterio, el problema comienza al pretenderse que este dispositivo aparezca parecido al artículo respectivo de la Constitución de 1933 y eso es un error porque mientras en 1933 se hizo una afirmación universal negativa (ningún contrato del Estado podía sino someterse a la jurisdicción nacional) hoy las excepciones son muchas y la misma regla general es distinta.

Una reestructuración correcta de lo que dice el artículo sería, a nuestro juicio, la siguiente:

- La regla general está elaborada para todos los contratos que firme el Estado con extranjeros, siempre que no sean de carácter financiero ni con extranjeros domiciliados. En el caso de esta regla general, se puede recurrir a la jurisdicción nacional, arbitral u ordinaria; a la de los tribunales de tratados internacionales de los que el Perú sea parte y estén en vigor, y al arbitraje internacional.

- En los contratos con extranjeros domiciliados, que no sean de carácter financiero, son aplicables sólo las jurisdicciones nacionales, ordinaria o arbitral. Esto último ha sido ratificado por la Ley 26742 del 10 de Enero de 1997 que establece una modificación al primer párrafo del artículo 2 de la Ley 26572, Ley General de Arbitraje, con el siguiente texto: "Pueden ser admitidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídi-

cas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí".

- En los contratos financieros del Estado con extranjeros, domiciliados o no, las jurisdicciones a las que se puede recurrir son: la nacional, ordinaria o arbitral; la extranjera; los tribunales de tratados internacionales en vigor y de los que el Perú sea parte, y el arbitraje internacional.

En todo esto hay dos cosas que no nos quedan claras. La primera: ¿puede el Estado someter sus contratos con extranjeros domiciliados, a tribunales de tratados de los que el Perú sea parte y al arbitraje internacional? Y, la segunda: ¿está prohibida la reclamación diplomática para los contratos del Estado con extranjeros no domiciliados?

En nuestro criterio se debería contestar sí a la primera y no a la segunda. No vemos razón para no incluir en el último párrafo del artículo 63 a los contratos con extranjeros domiciliados a los que se refiere, también, el primer párrafo. Al propio tiempo, sería inconcebible que los extranjeros que tengan problemas con el Perú y no estén domiciliados, recurrieran a la reclamación diplomática para que el problema entre una empresa y el Estado peruano, se convierta en un problema entre dos Estados.

También es preciso aclarar que los Estados y las personas de Derecho Público de otros Estados, no son *extranjeros* y, por consiguiente, no pueden ser sometidos a estas reglas. Tampoco son extranjeros los organismos internacionales y, por consiguiente, los contratos con ellos no serán sometidos a estas reglas.

En realidad, el Perú debería reevaluar si establece esta norma completa o si sólo se limita a preferir la jurisdicción peruana para los contratos del Estado, pero elimina drásticamente la posibilidad de reclamación diplomática en cualquiera de los casos posibles. Probablemente, en esta época de la vida del mundo sea lo más adecuado a las nuevas circunstancias.

La Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, Decreto Ley 26123 promulgado el 29 de diciembre de 1992, y modificado por la Ley 26711 promulgada el 13 de Diciembre de 1996, dice en su artículo 65:

"Decreto Ley 26123, artículo 65.- El Banco puede realizar con los Bancos Centrales de otros países, o con las instituciones que corresponda, así como con las instituciones financieras internacionales y los bancos del exterior, las siguientes acciones:

a.- Recibir y efectuar depósitos, en moneda nacional o extranjera.

b.- Celebrar convenios de crédito y de pagos que contribuyan a facilitar principalmente el comercio exterior, así como realizar las operaciones y funciones que se requieran para la ejecución de tales convenios.

Esta autorización comprende el sometimiento a arbitraje internacional para la solución de controversias que pudieran suscitarse en la ejecución de dichos convenios, ante instituciones arbitrales de reconocido prestigio o árbitros designados conforme a normas y procedimientos derivados de los convenios suscritos o que suscriba el Banco y los que resulten aplicables para instituciones financieras internacionales de las que Estado Peruano sea miembro".

109. Artículo 64

«Artículo 64.- El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Las únicas referencias que podemos considerar antecedentes, y muy remotos, de una norma como la que comentamos, se hallan en la Constitución de 1933. Son reglas que tienen que ver con diversos aspectos de la convertibilidad de la moneda, y que no están encaminadas, sin embargo, a garantizar la libertad de tráfico de divisas en el ámbito interno. Al revés, el artículo 39 lo prohibe expresamente:

«Constitución de 1933, artículo 14.- El Estado mantendrá, por los medios que estén a su alcance, la estabilidad de la moneda y la libre conversión del billete bancario. Sólo en casos excepcionales, a pedido del Poder Ejecutivo, con el asentimiento de la entidad encargada de la regulación de la moneda y con la del Jefe del Departamento que supervigile las empresas bancarias, el Congreso podrá expedir una ley que establezca provisionalmente la inconversión del billete bancario».

«Constitución de 1933, artículo 39.- Las tarifas de pasajes y de fletes se fijarán y se cobrarán sólo en moneda nacional, sin ninguna excepción».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Este artículo no tiene antecedentes en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

En la vinculación de la moneda interna con las divisas internacionales, el Perú ha pasado por diversas experiencias:

- Prohibición de tener moneda extranjera que no hubiera sido vendida por el Estado en virtud de causales específicamente establecidas en la ley.
- Sistema de cambio diferenciado.
- Sistema de control del valor de las divisas en soles, con una tasa fija establecida por el Gobierno.
- Libre juego de oferta y demanda en el precio de las divisas.

El artículo prescribe la garantía de libre tenencia y disposición de moneda extranjera, lo que equivale al derecho de mantenerla en el poder de uno y de utilizarla como medio de pago o como bien de cambio: comprarla o venderla. Son derechos que, como todos los demás de naturaleza constitucional, pueden reclamarse jurisdiccionalmente a través de las garantías establecidas.

Es sin embargo interesante discutir sobre lo que podría pasar en caso en que, por circunstancias económicas estructurales, o también por situaciones accidentales y de corto plazo, se produjeran cambios signifi-

cativos en el valor de las divisas internacionales en relación a la moneda peruana.

Alteraciones estructurales podrían ser la caída del valor del sol peruano por un fenómeno de retiro sistemático de capitales extranjeros y una balanza comercial fuertemente negativa. Alteraciones de corto plazo pueden deberse a fenómenos políticos o especulativos que, no obstante su corta duración, pueden dañar severamente la posición de la moneda nacional en el contexto internacional y, con ello, a la economía en su conjunto.

El artículo 72 de la Constitución establece que: "La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes".

Uno de los bienes es precisamente la moneda exterior. Esto significaría que dentro de la misma Constitución, interpretando en forma debidamente coordinada sus normas, está presente el mecanismo de seguridad para imponer restricciones a la libertad de tenencia y disposición de las monedas extranjeras. Desde luego, siempre que se cumplan las condiciones allí establecidas: amenaza a la seguridad nacional y restricciones y prohibiciones temporales.

Sin embargo, nos parece también que por la coexistencia de las normas de los artículos 64 y 72, sería inconstitucional prohibir totalmente la tenencia y disposición de moneda extranjera como ocurrió algunas veces en el país. También sería inconstitucional quitar circulación a los depósitos o certificados de moneda extranjera que se tenga en el Perú, como ocurrió inaugurado el gobierno constitucional de 1985. Podrán existir restricciones, condiciones para el uso de la moneda, pero en virtud de la norma que comentamos, no podría argumentarse que ellas puedan ser totales y absolutas.

A la inversa, también por la concordancia de los artículos 64 y 72, estimamos que sería inadmisible pretender que, porque existe el numeral 64, es imposible tomar medida alguna de restricción de la circulación y tenencia de divisas en utilización del artículo 72. Ningún país del mundo podría, con la interconexión que actualmente existe entre las diversas

economías en el contexto internacional, negarse la posibilidad de establecer medidas protectivas para evitar la caída de su moneda: ninguna economía nacional es ahora suficientemente fuerte como para, por sí sola, enfrentar a la actividad especulativa mundial y menos podrá serlo, naturalmente, la de un país pobre y subdesarrollado en el mundo de las finanzas.

110. Artículo 65

> ***«Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.»***

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma antecedente de la que comentamos en la Constitución de 1979 decía lo siguiente:

"*Artículo 110.-* [...] *El Estado* [...] *defiende el interés de los consumidores*".

Puede verse que la norma de 1979 era una simple declaración. Por lo demás, no fue debidamente regulada durante su vigencia. En cambio, el artículo 65 de la Constitución de 1993 es bastante más detallado, lo que muestra un interés mayor del constituyente por este aspecto. Coincide, por lo demás, con su posición neoliberal.

Análisis exegético

La peruana es una economía social de mercado y, según pudimos apreciar al discutir este concepto, son tan importantes en ella las libertades propias del mercado, como los contrapesos de equilibrio de justicia social y seguridad.

Una de las dimensiones más importantes de la economía social de mercado es la lealtad al consumidor, en la medida que el último destinatario de las transacciones es él. Difícilmente habrá un mercado confiable y en expansión si el consumidor queda a merced del poder de quienes producen y distribuyen. Por ello, la protección del consumidor tiene importancia no sólo por la justicia en sí misma frente a él, sino también por la necesidad de fortalecer y hacer crecer al mercado. Justicia y conveniencia son dos aspectos que se entremezclan sustantivamente en este ámbito.

Según declara Torres y Torres Lara, una de las intenciones de los constituyentes fue trasladar el eje de gravedad de la economía de la empresa, a la relación entre empresa y consumidor:

> Al analizar el nuevo régimen económico señalamos que la «La Nueva Constitución de 93 traslada el control económico más bien hacia la defensa del consumidor. El centro del Derecho Empresarial deja de ser la empresa misma, para trasladarse a la relación «empresa consumidor», que es donde el Estado ahora puede jugar un papel más objetivo (art. 65) (167).

Es en este espíritu que se ha establecido el artículo 65 y, con él, un conjunto de normas legislativas que, como muchos de los cambios que se hicieron en el Perú de los años noventa, precedieron en el tiempo a la aprobación de la Constitución de 1993. Precisamente, el 07 de noviembre de 1991 fue promulgado el Decreto Legislativo 716 que contenía las normas de protección al consumidor. Especialmente relevante para los efectos de este comentario es su artículo 5 que establece:

«Decreto Legislativo 716, artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

a) Derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que,

---

(167) TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La Constitución económica en el Perú*. Lima Asesorandina S.R.L., 1994, p. 39.

en condiciones normales o previsibles, representan riesgo o peligro para la salud o la seguridad física.

b) Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios;

c) Derecho de acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos, que les permitan libremente elegir los que deseen;

d) Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios;

e) Derecho a la reparación por daños y perjuicios, consecuencia de la adquisición de los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado o de su uso o consumo;

f) Derecho a ser escuchado de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita».

El inciso a) contiene la protección más elemental que se dirige contra los productos y servicios que presentan peligro contra la salud o la seguridad física. Se refiere a todo tipo de bienes dañinos o peligrosos que pueden ir desde unos ejemplos como las bebidas alcohólicas adulteradas que pueden contener venenos letales (desgraciadamente experimentados ya varias veces en el Perú), hasta otros ejemplos como los procedimientos irregulares de producción de bienes peligrosos que pueden constituir un peligro de explosión o incendio de amplias proporciones. Es el caso de algunos talleres de pirotecnia. La protección es a la salud y seguridad entendidas bien en términos de consumidor individual, bien en el contexto social general. Las hipótesis casuísticas (amparadas por hechos históricos), son innumerables y, por ello, sólo pueden ser abordadas en las normas legislativas de manera general, como lo hace este inciso.

El inciso b) se refiere a la información que debe recibir el consumidor tanto para elegir como para utilizar y consumir adecuadamente el producto. El proveedor, mayorista o minorista, está en la obligación de tener la información, y el personal preparado, para dar las indicaciones sobre características técnicas y de operación de los productos y, dicha información, forma parte de la tarea de venta o abastecimiento. No puede ser denegada al consumidor. Desde luego, si la utilización del producto requiere de gastos periódicos de mantenimiento, recambio o actualización, también el consumidor debe ser informado de ellos a fin de elegir con plena conciencia de las cosas.

En materia de información al consumidor, debe regir la regla de buena fe del productor que consiste en que no debe aprovecharse de la ignorancia del consumidor para, sin mentir, ocultar información que pueda conducirlo a decisiones equivocadas. En tales casos, se podrá argumentar la existencia de un error fundado en la conocibilidad que le exige el artículo 201 del Código Civil:

"Código Civil, artículo 201.- El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte".

El complemento del artículo 203 es indispensable:

"Código Civil, artículo 203.- El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo".

En esta materia, nuestro sistema jurídico exige a cada parte respeto a la otra, y busca mediante las instituciones civiles, compensar las desequiparidades entre ellas. No es necesariamente el único principio para regular estas relaciones: en otros países se supone que ambas partes son iguales y que una no está jurídicamente obligada a hacer notar a la otra su error (aunque, desde luego, tampoco debe inducirla a error). Entre nosotros esto último no rige y estimamos que la opción peruana es más correcta en este ámbito de las relaciones humanas (168).

---

(168) Hemos desarrollado más ampliamente estos temas en nuestro trabajo siguiente: *El saber jurídico sobre la ignorancia humana*. Lima, Fondo Edi-

El inciso c) establece el derecho de acceder a diversos productos y servicios valorativamente competitivos porque ello permite la elección en función de diversas variables: precio, calidad, oportunidad, mejor o peor servicio, etc. En la economía social de mercado, la posibilidad de que exista más de un bien que satisfaga la misma necesidad es condición esencial para la defensa del consumidor. Evidentemente, habrá ciertos ámbitos en los que ello no sea posible (por ejemplo, los llamados *monopolios naturales* sobre los que hemos tratado a propósito del comentario del artículo 61) pero aún en estas circunstancias tendrá que haber la posibilidad de comparar precios y calidades, al menos hipotéticamente.

Este inciso c) también quiere decir que, enfrentado el Estado como guarda de la competencia a la alternativa de permitir la pluralidad de bienes y servicios o de restringirla, debe elegir permitirla y, aún, promoverla como derecho del consumidor.

El inciso d) protege al consumidor dentro de la misma relación comercial de adquisición de bienes o de la contratatación de servicios. Estos contratos no son puramente privados en el sentido que su validez dependa de la diligencia de las dos partes. El ente protector del consumidor deberá vigilar y corregir, dado el caso, el trato inequitativo que algún proveedor haga en la transacción comercial, para lo cual podrá investigar denuncias, pedir ampliación de información y resolver incluso con sanciones y normas de corrección de las conductas indebidas. Puede proceder igualmente ante la utilización de métodos coercitivos o que supongan, de alguna manera, desinformación para el consumidor. De esto último ya hemos comentado al hablar del inciso b).

El inciso e) pone énfasis en la reparación de los daños y perjuicios producidos por la adquisición de bienes o servicios que, de alguna manera, no cumplan con las especificaciones debidas. La responsabilidad civil en materia contractual es una disciplina harto conocida y que regula todas estas circunstancias. Sobre ello sólo cabe hacer notar que las indemnizaciones que suelen establecer nuestros tribunales son diminutas y no contribuyen verdaderamente a disciplinar a los agentes del mercado.

---

torial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991. En especial, los capítulos IV y V.

Una economía sólida y efectivamente respetuosa del consumidor, debe enfrentar al productor o al proveedor a la alternativa de cumplir las normas o enfrentar sanciones económicas drásticas. Después de todo, el que carezca de escrúpulos hará un cálculo económico de qué le conviene más: si dañar al consumidor y pagar las multas, o si cumplir las normas para no enfrentarse a indemnizaciones ejemplares. La función jurisdiccional es decisiva en estos aspectos y debe ser puesta a la altura de las circunstancias y necesidades.

Finalmente, el inciso f) establece el derecho del consumidor a ser atendido por las entidades públicas o privadas que lo defienden, para plantear sus denuncias y obtener respuesta a ellas. Nótese que al hablar de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, el Decreto Legislativo autoriza la existencia de estas últimas lo que, por lo demás, estaría perfectamente amparado por el derecho de asociación del artículo 2 inciso 13 de la Constitución.

Mezzetti comenta las grandes líneas del desarrollo de la protección al consumidor en Italia y muestra que nuestra legislación guarda coherencia con un movimiento en realidad universal en el mundo occidental contemporáneo:

> La normatividad comunitaria y por reflejo la nacional, han mostrado, particularmente en los últimos tiempos, una sensibilidad creciente en relación a la tutela del consumidor, con especial referencia a la responsabilidad del productor, a la seguridad general de los productos, a la comunicación a través de la publicidad y a las cláusulas abusivas que existan en los contratos acordados con los consumidores (169).

En el ámbito público, el defensor de los consumidores es el INDECOPI que tiene una Comisión de Protección al Consumidor con amplias capacidades de actuación, resolución y sanción (ver, para ello, la infor-

---

(169) MEZZETTI, Luca. *Costituzione economica e libertá di concorrenza in Italia*. En VARIOS AUTORES. *Costituzione economica e libertá di concorrenza. Modelli europei a confronto (a cura di Luca Mezzetti)*. Torino, G. Giappichelli editore, 1994, p. 262. (Traducción nuestra).

mación dada sobre INDECOPI en la parte final del comentario al artículo 61 en esta misma obra).

Otra forma de protección al consumidor consiste en el establecimiento de normas sobre propaganda comercial. En el Perú la ley marco es el Decreto Legislativo 691 del 05 de noviembre de 1991, que tiene ya algunas modificaciones, particularmente las que le ha hecho la Ley de Indecopi, Decreto Legislativo 807 del 16 de abril de 1996 en su artículo 14, en referencia a la publicidad de diversos productos y servicios:

"Decreto Legislativo 691, según la modificación hecha por el Decreto Legislativo 807, artículo 9.- Los anuncios televisivos y/o radiofónicos de tabaco deben difundirse dentro de un horario comprendido entre las cero horas y las seis de la mañana. La publicidad de bebidas de alto grado alcohólico y de tabaco, cualquiera que sea el medio de difusión utilizado, deben estar siempre dirigidos a adultos y no deben dar la impresión de que su consumo es saludable o que es necesario o conveniente para lograr el éxito personal o la aceptación social.

Los anuncios referidos a los servicios de llamadas telefónicas de contenido erótico para entretenimiento de adultos, deben estar dirigidos siempre a éstos. La difusión de este tipo de anuncios sólo está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de las cero horas a las seis de la mañana. En todos los casos, la publicidad de estos servicios deberá indicar claramente el destino de la llamada, la tarifa por minuto, el horario en que ésta es aplicable, la identificación del anunciante y de la agencia de publicidad, de ser el caso».

Inclusive, la ley 26739 del 08 de Enero de 1997, reduce el horario de publicidad de cigarrillos a través de medios radiales o televisivos únicamente al lapso que transcurre entre las 01.00 y las 05.00 horas de cada día.

A su turno, la ley 26506 del 19 de Julio de 1995, modifica normas sobre protección y publicidad en defensa del consumidor obligando a poner precios y detalles en propaganda y documentos relativos a todos los productos que se ofrece. Tiene la finalidad de cumplir con el deber de información al consumidor para proteger su adecuada decisión.

También hay protección al consumidor a través del establecimiento de diferentes Superintendencias y organismos de control que vigilan el cumplimiento de las labores de agentes claves del sistema productivo o de servicios. Varios de ellos tienen que ver directamente con los usuarios y protegen sus intereses. En este sentido, por ejemplo, OSIPTEL ha aprobado la Resolución 013-95-CD/OSIPTEL del 02 de setiembre de 1995, que contiene el reglamento para la solución de los reclamos de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, y no es el único caso. Hay varios otros reglamentos que han aparecido en los últimos tiempos con la misma finalidad. Todo ello redunda en una mejor atención al público en servicios claves que, anteriormente, tenían sistemas sumamente deficientes de protección al consumidor y que, en realidad, no colaboraban en nada a la mejora de los servicios públicos.

No debemos olvidar que la Defensoría del Pueblo tiene entre sus finalidades, según el primer párrafo del artículo 162 de la Constitución, "[...] supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía". Con ello tiene instrumentos para vigilar a quienes supervisan a las instituciones que prestan servicios públicos, y también a estas mismas entidades, al menos si seguimos las grandes tendencias de la concepción de la Defensoría. Sobre esto nos extendemos en el tratamiento de dicha institución, en la parte correspondiente.

Finalmente, es preciso decir que también se protege al consumidor con la política de libre competencia. Sin embargo, a ella nos hemos referido extensamente al tratar el artículo 61 y no repetiremos aquí lo ya dicho allá.

TITULO III

CAPITULO II

AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

111. TITULO III, CAPITULO II: AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES

Hasta hace relativamente poco tiempo, los recursos naturales de un país eran vistos esencialmente como un elemento a explotar para beneficio económico. Esta explotación era realizada por empresas (privadas o públicas) que debían reconocer derechos al Estado, normalmente a través del pago de tributos por los beneficios económicos que obtenían.

Esta situación obligaba a determinar el régimen patrimonial de los recursos naturales y los derechos y obligaciones que regían su explotación. En el Perú la tradición ha sido reconocer que los recursos naturales pertenecen al colectivo nacional (al Estado o a la Nación que, para estos efectos, no tienen contenidos distintos entre sí). Lo que ello quiere decir es que los recursos naturales pertenecen al colectivo del pueblo y que él debe beneficiarse de su explotación mediante la participación (normalmente a través de impuestos) que la ley determine.

Al propio tiempo, si todo o parte de la explotación será realizada por entidades privadas, será bueno establecer los principios generales a los que se sujetará su trabajo y, particularmente, las reglas que protejan sus inversiones sin afectar los derechos del Perú como titular de los bienes.

De esta manera, se ha establecido que los recursos naturales son patrimonio de la nación y que el Estado es soberano en la manera de ex-

plotarlos. La Constitución añade que el concesionario de explotaciones de recursos naturales adquiere un derecho real que es, precisamente, su garantía. Sobre este tema discutimos extensamente en la parte exegética del articulado.

Hace algunos decenios los principales recursos naturales considerados en el Perú eran los yacimientos minerales de diversa naturaleza y la flora y fauna amazónica. Hoy, con el desarrollo de la tecnología, la diversidad biológica existente en el Perú por su gran variedad de climas, es un privilegio que es preciso reconocer, explotar y conservar.

Y esto último tiene particular importancia: desde hace pocos años, la humanidad viene reconociendo la necesidad de dar una explotación racional a los recursos naturales para no agotarlos o degradarlos, y de proteger el medio ambiente y la naturaleza como conjunto. Los medios de explotación que el ser humano tiene actualmente a disposición pueden dañar irremediablemente al planeta Tierra, poniendo en peligro a mediano plazo, inclusive, las condiciones físicas de la vida humana. Por ello, al lado de la importancia económica de los recursos naturales, ha aparecido en el mundo actual la conciencia de que la explotación debe ser racional y debe proteger el medio ambiente, la naturaleza y la diversidad de formas de vida.

Esta protección, contemporáneamente, no es sólo un interés directo de la población afectada: por el contrario, es interés de la humanidad en su conjunto porque es ella la que habita el globo terráqueo, y es su seguridad la que se verá afectada cuando se haga explotación irracional de los recursos, o cuando éstos sean dañados o desperdiciados.

De manera que el capítulo que comentamos tiene que ver con la mejor combinación posible de preservación del ambiente y explotación racional o adecuada de los recursos naturales.

Los cambios que en esta materia trajo la Constitución de 1993 con respecto a la de 1979 no son significativos, salvo el ya trabajado antes sobre la restricción de la actividad de las empresas públicas: en la Constitución de 1979 muchos de los recursos naturales fueron explotados a través de empresas públicas.

112. Artículo 66

«Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Las reglas constitucionales sobre pertenencia de los recursos naturales aparecen en la Constitución de 1920:

«Constitución de 1920, artículo 42.- La propiedad minera en toda su amplitud pertenece al Estado. Sólo podrá concederse la posesión o el usufructo en la forma y bajo las condiciones que las leyes disponga».

«Constitución de 1933, artículo 37.- Las minas, tierras, bosques, aguas y en general todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares».

«Constitución de 1933, artículo 41.- El Estado percibirá parte de las utilidades de las empresas mineras, en el monto y la proporción que determinará necesariamente la ley».

Antecedentes en la Constitución de 1979

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

"Artículo 118.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación.

Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento a los particulares".

"*Artículo 122.- [...] La concesión minera obliga a su trabajo y otorga a su titular un derecho real, sujeto a las condiciones de ley*".

El tratamiento del tema es sustantivamente similar en las dos constituciones, en las partes que hemos comparado. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en la sistemática de la Constitución de 1979 los recursos naturales podían también ser explotados por empresas públicas (y a menudo fueron ellas los que los explotaron), con lo cual el tratamiento global cambia significativamente.

La mención que hace la parte final del primer párrafo del artículo 66 de la Constitución de 1993 en el sentido que el Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales, no añade norma distinta a la que ya existía en 1979, pero hace una precisión que vale destacar en una Constitución, sobre todo, para vigilar luego la constitucionalidad de las leyes que se expidan sobre la materia.

Análisis exegético

Según la parte inicial del artículo, todos los recursos naturales son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Es en primer lugar importante determinar cuáles son los recursos naturales de los que estamos tratando. Esto se responde en el artículo 3 de la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, promulgada el 25 de Junio de 1997. El dispositivo dice:

"Ley 26821, artículo 3.- Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

a. Las aguas: superficiales y subterráneas;
b. El suelo, subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;

c. La diversidad biológica: como las especies de flora, de la fauna y de los microorganismos o protistos; los recursos genéticos, y los ecosistemas que dan soporte a la vida;
d. Los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;
e. La atmósfera y el espectro radioeléctrico;
f. Los minerales;
g. Los demás considerados como tales.

El paisaje natural, en tanto sea objeto de aprovechamiento económico, es considerado recurso natural para efectos de la presente ley".

En materia de propiedad y aprovechamiento de los recursos naturales, la Constitución hace una eslabonación compleja de normas que, en nuestro criterio contiene lo siguiente:

- Que los derechos sobre los recursos naturales son de la Nación entendida como el conjunto de peruanos no sólo que existen actualmente, sino que existirán en el futuro. El concepto de Nación es una continuidad histórica que reúne al pasado, al presente y al futuro. Por consiguiente, los recursos naturales tienen que ser dispuestos con atención a los intereses de largo plazo de la misma Nación y no en función de criterios de corto plazo que puedan beneficiar a un determinado gobierno o grupo.

- Que el Estado, y por tanto el gobierno que ejerza el poder, son soberanos en su aprovechamiento, pero dentro del concepto establecido en el párrafo anterior. La responsabilidad política del gobierno de proteger los intereses de la Nación presente y futura en sus decisiones sobre los recursos naturales, es decisiva.

  Al propio tiempo, que el Estado sea *soberano* en el aprovechamiento de los recursos naturales quiere decir que sólo el Gobierno establecido tendrá la autoridad de determinar dicho aprovechamiento y que no se podrá aceptar indicaciones de cualquier tipo de poderes extraños al constitucionalmente establecido en el país.

  La Ley 26821 trae la siguiente norma sobre este tema:

"Ley 26821, artículo 6.- El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales. Su soberanía se traduce en la competencia que tiene para legislar y ejercer funciones ejecutivas y jurisdiccionales sobre ellos".

Existirán leyes que determinen la utilización de los recursos naturales y la forma en que serán otorgados a particulares. La parte final del artículo alude a la *concesión* que, sin decirlo expresamente, constituye la forma tácita de dicho otorgamiento en la Constitución. Dice respecto de la concesión la ley 26821:

"Ley 26821, artículo 23.- La concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

La concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que esta Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia.

Las concesiones son bienes incorporales registrables. Pueden ser objeto de disposición, hipoteca, cesión y reivindicación conforme a las leyes especiales. El tercero adquirente de una concesión deberá sujetarse a las condiciones en que fue originariamente otorgada. La concesión, su disposición y la constitución de derechos reales sobre ella, deberán inscribirse en el registro respectivo".

La Constitución ha dicho (y ratifica la ley), que la concesión otorga a su titular un *derecho real* sujeto a las disposiciones legales. Este derecho real es en realidad un uso y disfrute que no es otra cosa que el clásico usufructo. Como derecho se le puede considerar un bien en sí mismo y es lo que hacen las disposiciones legislativas que acabamos de transcribir.

Normas de particular interés sobre el tema de los recursos naturales son las contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Convenio 169 de la OIT:

"Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1.-

[...]

2.- Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

[...]».

Esta norma del Pacto Internacional es confirmación del principio de soberanía en el aprovechamiento de los recursos naturales que establece nuestro artículo 66. Hay que notar que el artículo del Pacto añade en su parte final que no se puede privar a ningún pueblo de sus propios medios de subsistencia, norma muy importante que, felizmente, no ha tenido aún que ser exigible en el Perú, pero que si debe ser, desgraciadamente, exigida en muchas partes del mundo.

«Convenio N.169 OIT, artículo 15.-

1.- Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2.- En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades».

El Convenio 169 de la OIT referente a los pueblos que son minorías dentro de sus Estados, es muy importante en el Perú por la existencia de numerosas comunidades campesinas y nativas que, durante siglos, han vivido en entornos naturales de gran riqueza y, con sus costumbres, han contribuido decisivamente a la protección y conservación de dichas riquezas.

Los derechos que aquí están establecidos son varios:

- El derecho a participar en el aprovechamiento de los recursos.
- El derecho a ser consultados sobre sus intereses en relación a los programas de estudio de recursos y su explotación.
- El derecho a tener parte en los beneficios económicos y a percibir una indemnización equitativa por el daño.

Estas son normas que contienen derechos colectivos muy importantes y que pueden ser exigidos mediante las garantías constitucionales establecidas en el Perú, según la concepción de los derechos emergentes de los tratados que hemos formulado oportunamente en este comentario.

La vinculación del tema del aprovechamiento de los recursos naturales con la política nacional del ambiente que se norma en el artículo siguiente es de por sí evidente. Ambos artículos, y sus respectivas leyes de desarrollo, deben ser permanentemente concordados en su aplicación concreta.

Finalmente, cabe indicar que la ley 26848, Ley Orgánica de Recursos Geotérmicos, promulgada el 23 de Julio de 1997, trae normas respecto al aprovechamiento de estos recursos en el suelo y subsuelo de todo el territorio nacional.

113. Artículo 67

> ***«Artículo 67.- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales».***

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma que constituye antecedente de ésta en la Constitución de 1979 es la siguiente:

"Artículo 119.- El Estado evalúa y preserva los recursos naturales. Así mismo fomenta su racional aprovechamiento. Promueve su industrialización para impulsar el desarrollo económico".

La norma del artículo 67 de la Constitución de 1993 es más completa que la correlativa del artículo 119 de la Constitución de 1979 porque mientras en ésta se busca la evaluación y preservación de los recursos naturales, en la de 1993 se prevé una política nacional del ambiente.

Mientras la Constitución de 1979 preveía la industrialización de los recursos naturales para impulsar el desarrollo, la de 1993 promueve su uso sostenible.

En los términos declarativos que estudiamos aquí, nos resultá obvio que la Constitución de 1993 está mejor elaborada a pesar de la generalidad que contiene su dispositivo.

Análisis exegético

Los especialistas consideran que los primeros instrumentos internacionales de carácter legal que se ocuparon del tema del ambiente, fueron las regulaciones uniformes relativas a la pesca en el Rhin, firmadas una el 9 de diciembre de 1869 y la otra el 25 de marzo de 1875. Sin embargo, el énfasis en el problema comienza en la segunda mitad del siglo XX y tiene como un punto inicial muy importante, la Declaración de Estocolmo de 1972:

> La preocupación entre los países industrializados sobre el peligro ambiental alrededor del mundo, motivó la convocatoria de la Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, la primera conferencia ambiental en el mundo.
>
> Hacia 1970, la población mundial se había más que doblado desde el principio del siglo (de 1.6 a 3.4 miles de millones), los

procesos industriales generaban una contaminación sin precedentes y, en algunos países, la preocupación de la gente en relación al medio ambiente había crecido inmensamente. Los Estados Unidos, por ejemplo, habían aprobado su primera norma de legislación ambiental: la Ley de Política Nacional del Ambiente de 1969.

Cuando se llevó a cabo la Conferencia de Estocolmo, los países estaban ya profundamente divididos sobre si la protección ambiental y el desarrollo eran compatibles. La innovación conceptual que dio a luz el paradigma integrativo de estos dos importantes objetivos emergió de una reunión de expertos en Founex, Suiza, justo antes de la Conferencia de Estocolmo. Hoy, los países reconocen que un adecuado desarrollo económico debe ser ambientalmente sustentable y se preocupan de conseguir que así ocurra. Se han dado cuenta que necesitamos incrementar sustantivamente los niveles de vida de los pobres en una forma que sea ambientalmente sustentable. El asunto que en 1992 dividió a los países fue uno de equidad: cómo financiar el desarrollo económica ambiental-mente sostenible para las generación actual y para las futuras (170).

La mayor parte de la cita es un recuento histórico de los principales hitos y temas del medio ambiente en el mundo. Pero la parte final recuerda que uno de los aspectos más importantes de la política del medio ambiente es la desaparición de la pobreza porque ella es una fuente importante de la contaminación ambiental:

Es bien sabido que la pobreza es una forma primaria de degradación ambiental. De esta forma, satisfacer las necesidades básicas de las personas es esencial para la conservación del medio ambiente. Recién estamos empezando a diseñar los caminos por los que debe obtenerse el desarrollo global sostenible los distintos países. Parte esencial de este proceso será la reconciliación e integra-

---

(170) BROWN WEISS, Edith. *Global environmental change and international law: The introductory framework*. En BROWN WEISS, Edith (editora). *Environmental change and international law: New challenges and dimensions*. Tokyo, United Nations University Press, 1992, pp. 3-4. (Traducción nuestra).

ción de la protección ambiental con el crecimiento económico, incluyendo tanto medidas ambientalistas como prácticas comerciales (171).

La conservación del ambiente no es solamente la protección del entorno que nos rodea aunque esa es su causa final. Para que llegue a ser posible, son necesarios muchos requisitos previos. Uno es el combate de la pobreza que no sólo daña a las personas mismas sino que las pone en la imposibilidad de proteger su entorno, lo que va desde el uso de las aguas hasta la disposición de todo tipo de desecho. Pero también tiene que ver con los procesos productivos en sí mismos: cuando el capital es escaso tanto en el plano personal como en el social globalmente considerado, la producción y distribución de bienes se realiza en condiciones abiertamente contaminantes porque se trata de utilizar los recursos más baratos posibles, con la menor cantidad de tecnología aplicada al proceso de producción, y las menores condiciones de higiene, seguridad, disposición de residuos, etc.

Consiguientemente, la protección del medio ambiente deberá confluir con el desarrollo social y económico de tal manera que con la mayor riqueza posible, haya una mejor calidad de vida para todos y, también, se pueda tomar las precauciones necesarias para la protección del ambiente en las diversas actividades económicas.

Estas son ya observaciones iniciales muy importantes para una Constitución que, como la peruana, establece que el Estado debe determinar la política nacional del ambiente, y lo hace en un país de pobreza extendida.

La preocupación por el medio ambiente no es de minorías, de grupos o de países. Es una inquietud que corresponde a la humanidad misma como presente y futuro. Busca que los seres humanos que viven actual-

---

(171) BROWN WEISS, Edith. *Global environmental change and international law: The introductory framework*. En BROWN WEISS, Edith (editora). *Environmental change and international law: New challenges and dimensions*. Tokyo, United Nations University Press, 1992, pp. 19-20. (Traducción nuestra).

mente tengan una vida digna, saludable y adecuada, y que las condiciones ecológicas que hacen eso posible, permanezcan en el planeta para que las futuras generaciones de humanos puedan gozar de las mismas condiciones de bienestar. La protección del ambiente es continua en el espacio, pero también en el tiempo:

> Se ha insistido en que la legislación ambiental deriva del interés común de la humanidad. Así ocurre con el reconocimiento internacional de los derechos humanos. Por ello es normal que se haya establecido un vínculo entre ambos ya desde 1972, en la misma declaración de Estocolmo:
>
> El ser humano tiene los derechos fundamentales a la libertad, la igualdad y a condiciones adecuadas de existencia, en un ambiente de calidad que permita una vida de dignidad y bienestar; tiene, además, la solemne responsabilidad de proteger y mejorar el ambiente para las generaciones presentes y futuras (Principio 1).
>
> Así, el «derecho al ambiente» fue proclamado al inicio de la «era ambiental» y a nivel mundial. Adicionalmente, por la forma en que está formulado, este principio incluye todos los elementos esenciales de los nuevos campos de los derechos humanos, a los que está claramente vinculado, tanto civiles como políticos (libertad, igualdad, dignidad) así como también a los derechos económicos, sociales y culturales (condiciones de existencia adecuadas, bienestar). También anuncia que cada uno tiene responsabilidad por la protección y la mejora del ambiente. Finalmente, y esto es nuevo en el lenguaje de los derechos humanos, también abre una perspectiva temporal al referirse a las generaciones futuras (172).

Así, el *derecho al medio ambiente* es una de las concepciones del Derecho para la humanidad, que resulta más completa: abarca el presente y el futuro, la vida misma y las condiciones socioeconómicas, creando deberes tanto para cada humano individualmente considerado, como para

---

(172) KISS, Alexandre. *An introductory note on a human right to environment.* En BROWN WEISS, Edith (editora). *Environmental change and international law: New challenges and dimensions.* Tokyo, United Nations University Press, 1992, p. 199. (Traducción nuestra).

los grupos, los Estados y la sociedad internacional. Por tener una verdadera dimensión planetaria, el tema del medio ambiente compromete todos los aspectos de la vida y de la organización humana.

En lo referente al núcleo de este derecho al medio ambiente, Pathak revisa diferentes posiciones para darnos su conclusión:

> Como la legislación ambiental se ha vinculado con una amplia gama de necesidades humanas, no es sencillo definir el derecho al ambiente con suficiente precisión y claridad. Diferentes aproximaciones han sido expuestas por distintos juristas. Una de las posiciones adoptadas es la del ambiente adecuado. Otro autor habla de un «ambiente adecuado y saludable». El principio I de la Declaración de Estocolmo se refiere a una «existencia de dignidad y bienestar». De todos los documentos universales o regionales sobre derechos humanos, la referencia más específica relativa a la protección ambiental está contenida en la Carta Africana de los Derechos de las personas y de los pueblos, que establece que todos los pueblos deben tener el derecho a un ambiente general satisfactorio y favorable a su desarrollo. La Comisión Mundial de Desarrollo y Ambiente ha propuesto como un principio legal fundamental que «todos los seres humanos tienen el derecho fundamental a un ambiente adecuado a su salud y bienestar» Tal vez la definición más aceptable sería el derecho a un ambiente saludable porque eso sería sinónimo de un ambiente ecológicamente balanceado, un ambiente que puede ser descrito como saludable en términos tanto de nuestra herencia natural como de nuestra herencia cultural. La expresión es suficientemente comprehensiva para cubrir todos aquellos objetivos que los derechos ambientales pretenden cubrir. Sobre todo, al identificarlos con un ambiente ecológicamente balanceado, la base valorativa toma en cuenta no sólo percepciones morales y filosóficas sino también indicadores provenientes de datos científicos (173).

---

(173) PATHAK, R.S. *The human rights system as a conceptual framework for environmental law.* En BROWN WEISS, Edith (editor). *Environmental change and international law: New challenges and dimensions.* Tokyo, United Nations University Press, 1992, pp. 209-210. (Traducción nuestra).

La preocupación del autor es interesante pues busca encontrar el meollo, lo esencial que puede definir el derecho al medio ambiente y lo encuentra en un *ambiente saludable* para el ser humano en todas las dimensiones: tanto el acervo *natural* que cada ser humano lleva en sí mismo, como el acervo *cultural*, que desde luego supone una concepción particular de la relación con el entorno ambiental.

El ambiente saludable también habla de la relación física del ser humano con su entorno en los más variados aspectos. Al tratar el tema del derecho a la salud integral (ver nuestro comentario al artículo 2 inciso 1 de la Constitución), hemos dicho que la salud integral no es sólo la salud anatómica y funcional, sino el bienestar integral y de largo plazo de la persona en sus aspectos físico, psíquico y espiritual. Un ambiente saludable deberá cumplir todos estos requisitos y, por consiguiente, permitirá que la relación hombre-ambiente sea completa y lo más benéfica posible.

Dentro de la salud así considerada podremos, efectivamente incluir el bienestar y la dignidad que reclama la Declaración de Estocolmo y, además, es pertinente recordar la parte final de la cita de nuestro autor: el ambiente saludable contiene no sólo consideraciones éticas y filosóficas sino, también, físicas y científicas en el sentido estricto de la palabra: consideraciones sobre el conocimiento de la naturaleza.

Al tratar de la protección del medio ambiente, hay que cuidar darse cuenta que no es un derecho de otros distintos a los humanos porque los animales, las plantas y las cosas no tienen derechos. Tampoco es un derecho de los humanos frente a quienes no lo son porque tal exigencia no existe en el Derecho. Es un derecho de cada humano y de la humanidad como presente y futuro, exigible a cada uno de nosotros y a las organizaciones que conformamos:

> No puede haber enfrentamiento de un derecho humano contra los componentes no humanos del sistema ecológico. El derecho es una expresión de la realidad político legal y sólo puede ser enfrentado a una entidad político-legal. La relevancia de los componentes no humanos del sistema ecológico es tomada en cuenta para determinar la valía y cualidad inherentes al derecho humano para un ambiente adecuado. Una forma de tomar eso en cuenta es expresa-

da en la obligación del ser humano de ejercitar autorestricciones cuando trata con dichos elementos no humanos, recordando en todo momento que es heredero, protector y defensor de los mismos por razón de su evolución superior, y que tiene el deber de mantener la integridad del planeta (174).

El derecho al ambiente, entonces, es derecho y deber de cada persona y se explica por razones humanas: somos nosotros quienes vivimos en el ambiente y debemos tener derecho a que sea saludable. Este derecho se proyecta a las futuras generaciones. Tiene su fundamento en que los humanos somos las creaturas de evolución superior y tenemos la naturaleza a nuestro cargo. Además, sin lugar a dudas, somos la única creatura que puede destruirlo por el desarrollo de las tecnologías contaminantes y de guerra que hemos logrado.

En este sentido, resulta importante destacar que el problema de la preservación del medio ambiente debe ser materia de preocupación de cada persona, pero también de cada Estado y de la sociedad internacional en su conjunto:

> [...] el cambio ambiental global no es materia de preocupación solamente entre estados aislados, es decir, «estados actuantes» y «estados afectados». Más bien, es asunto de preocupación de la comunidad internacional como un todo. Verdaderamente, puede decirse que es una preocupación común de la humanidad. Existe el reconocimiento generalizado de que la humanidad tienen intereses comunes en proteger y manejar el sistema de los climas (175).

Y Brown subraya la importancia que el tema tiene para el cambio

---

(174) PATHAK, R.S. *The human rights system as a conceptual framework for environmental law*. En BROWN WEISS, Edith (editora). *Environmental change and international law: New challenges and dimensions*. Tokyo, United Nations University Press, 1992, p. 224. (Traducción nuestra).

(175) IWAMA, Toru. *Emerging principles and rules for the prevention and mitigation of environmental harm*. En BROWN WEISS, Edith (editora). *Environmental change and international law: New challenges and dimensions*. Tokyo, United Nations University Press, 1992, p. 114. (Traducción nuestra).

de conceptos tradicionales sobre la condición de los Estados y las reglas de su participación internacional:

> El derecho internacional tradicional está fundado en la soberanía territorial de los Estados, cuya situación legal es caracterizada por los tres principios de soberanía, independencia e igualdad.
>
> Entre los Estados se ha expandido el reconocimiento de un interés común entre las personas para elaborar principios y reglas ambientales de alcance general que no estén fundados en criterios de apropiación tales como las disposiciones que regulan la caza, el uso de los parques nacionales y la disposición de residuos.
>
> De igual modo, el plano internacional hay un creciente cuerpo de normas que restringen las acciones de los Estados en la búsqueda de alcanzar intereses generales de la comunidad internacional (176).

En el Perú, se dictó el 07 de setiembre de 1990 el Código del Medio Ambiente, mediante el Decreto Legislativo 613. Sus normas principales en lo que atañe a este comentario son las siguientes:

«Decreto Legislativo 613, artículo VII del Título preliminar- El ejercicio del derecho de propiedad, conforme al interés social, comprende el deber del titular de actuar en armonía con el medio ambiente».

La norma se elaboró durante la vigencia de la Constitución de 1979 que obligaba a utilizar la propiedad en armonía con el interés social. El artículo 70 de la Constitución actual ha variado la expresión y dice que la propiedad se ejerce en armonía con el bien común. No encontramos ningún problema en adaptar el artículo precedente del título preliminar del Código del Medio ambiente al nuevo dispositivo. Deberá leerse: "El

---

(176) BROWN WEISS, Edith. *Global environmental change and international law: The introductory framework.* En BROWN WEISS, Edith (editora). *Environmental change and international law: New challenges and dimensions.* Tokyo, United Nations University Press, 1992, p. 13. (Traducción nuestra).

ejercicio del derecho de propiedad, conforme al bien común, comprende el deber del titular de actuar en armonía con el medio ambiente".

«Decreto Legislativo 613, artículo X del Título preliminar- Las normas relativas a la protección y conservación del medio ambiente y sus recursos son de orden público».

Esta disposición es importante porque al convertirse las normas de protección del ambiente en reglas de orden público, no se puede declarar voluntad alguna contra ellas, en ninguna forma, bajo sanción de nulidad (Artículo V del Título Preliminar del Código Civil) y deben ser obligatoriamente obedecidas.

«Decreto Legislativo 613, artículo XI del Título preliminar.- El mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, la preservación de la diversidad genética y la utilización sostenida de las especies, de los ecosistemas y de los recursos naturales renovables en general, es de carácter obligatorio.

La utilización de los recursos naturales no renovables debe efectuarse en condiciones racionales y compatibles con la capacidad de depuración y recuperación del ambiente y de regeneración de dichos recursos».

Estas son las reglas generales del llamado *desarrollo sostenible* al que nos hemos referido anteriormente. Tiene dos características, de acuerdo a la naturaleza de las cosas:

- Si se trata de recursos renovables, hay que garantizar el mantenimiento de las especies. El aprovechamiento no puede ser tal que se impida la reproducción de dichos recursos, sean animales o vegetales. Esto se aplica tanto a la caza de animales como a la tala de bosques y plantas. También a las actividades de todo tipo que traigan como consecuencia la posible desaparición de especies.

- Si se trata de recursos no renovables hay que aprovecharlos de tal manera que se garantice la depuración y recuperación del ambiente. También deberá buscarse, en lo posible, su regeneración.

La Ley 26821 trae las siguientes normas de importancia respecto al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales:

"Ley 26821 artículo 28.- Los recursos naturales deben aprovecharse en forma sostenible. El aprovechamiento sostenible implica el manejo racional de los recursos naturales teniendo en cuenta su capacidad de renovación, evitando su sobreexplotación y reponiéndolos cualitativa y cuantitativamente, de ser el caso.

El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente".

"Ley 26821, artículo 29.- Las condiciones del aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, por parte del titular de un derecho de aprovechamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, son:

a. Utilizar el recurso natural, de acuerdo al título del derecho, para los fines que fueron otorgados, garantizando el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales.
b. Cumplir con las obligaciones dispuestas por la legislación especial correspondiente.
c. Cumplir con los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental y los Planes de Manejo de los recursos naturales establecidos por la legislación sobre la materia.
d. Cumplir con la retribución económica correspondiente de acuerdo a las modalidades establecidas en las leyes especiales.
e. Mantener al día el derecho de vigencia, definido de acuerdo a las normas legales pertinentes".

En este contexto conceptual es que nuestro artículo 67 manda que el Estado determine la política nacional del ambiente. Sobre estas políticas dice Pathak:

«La política ambiental determina, entre otras cosas, el orden de prioridad en el que los asuntos del ambiente deben ser considerados. Este orden de prioridad variará según las perspectivas y éstas pueden ser dife-

rentes de acuerdo a los intereses que se pretenda proteger. Los científicos pueden tener una aproximación distinta a la de los gobiernos. Un énfasis en el desarrollo puede tener impacto en la elección de las prioridades. Además, una perspectiva nacional puede ser distinta a la universal. Sin embargo, con la creciente conciencia de la necesidad de acompasar los conocimientos, la información y la experiencia, los legisladores y los que se ocupan de los asuntos públicos, están respetando cada vez más los estudios científicos. Por su parte, los gobiernos están cada vez más concientes de la necesidad de consultar las tendencias internacionales cuando formulan sus políticas nacionales» (177).

Como podemos apreciar de lo dicho hasta aquí, los elementos que la política nacional del ambiente debiera considerar son los siguientes:

- La necesidad de la eliminación de la pobreza como un requisito para hacer posible una política realista de protección del ambiente.

- La búsqueda del desarrollo *sostenible* como indica la parte final del artículo que comentamos.

  El desarrollo es el progreso económico y social del conjunto de personas que conforman la sociedad. El desarrollo *sostenible* es aquel que se logra manteniendo al mismo tiempo la calidad y diversidad del medio ambiente, no destruyéndolo o contaminándolo de manera tal que vaya camino a su degradación o destrucción.

  De esta manera, no cualquier camino ni técnica ni proceso será bueno para el desarrollo. El desarrollo tecnológico humano deberá conducir a crear instrumentos y formas de trabajo que permitan el crecimiento económico, la producción intensiva de bienes, al tiempo que se mantiene sin deterioro ni destrucción el ambiente que nos rodea.

---

(177) PATHAK, R.S. *The human rights system as a conceptual framework for environmental law*. En BROWN WEISS, Edith (editora). *Environmental change and international law: New challenges and dimensions*. Tokyo, United Nations University Press, 1992, p. 208. (Traducción nuestra).

- La información científica y estadística que sea indispensable para poder tanto proteger como aprovechar útilmente el entorno. El progreso del conocimiento social sobre el medio ambiente es una tarea que el Estado debe promover muy específicamente.

- También debe incorporarse a la política la dimensión internacional que abarca tanto el acceso a los avances mundiales sobre el tema, como a la coordinación con los países más vinculados físicamente a nosotros para prevenir tanto nuestras como sus acciones nocivas que, a la larga, perjudicarán a todos.

A propósito de la determinación de esta política nacional del ambiente, el Decreto Legislativo 613 trae un artículo en el que se desarrolla las líneas generales de su contenido:

«Decreto Legislativo 613, artículo 1.- La política ambiental tiene como objetivo la protección y conservación del medio ambiente y de los recursos naturales a fin de hacer posible el desarrollo integral de la persona humana a base de garantizar una adecuada calidad de vida. Su diseño, formulación y aplicación están sujetos a los siguientes lineamientos:

1. La conservación del medio ambiente y de los recursos naturales para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las presentes y futuras generaciones. El Estado promueve el equilibrio dinámico entre el desarrollo socio-económico, la conservación y el uso sostenido del ambiente y los recursos naturales.

2. La orientación de la educación ambiental, a fin de alcanzar el desarrollo sostenido del país, entendido como el uso de la biósfera por el ser humano, de tal manera que produzca el mayor y sostenido beneficio para las generaciones actuales, manteniendo su potencialidad para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras.

3. El aprovechamiento de los recursos naturales y de los demás elementos ambientales de modo compatible con el equilibrio ecológico y el desarrollo en armonía con el interés social y de acuerdo con los principios establecidos en este código.

4. El control y la prevención de la contaminación ambiental, la conserva-

ción de los ecosistemas, el mejoramiento del entorno natural en los asentamientos humanos, el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, la preservación de la diversidad genética y el aprovechamiento sostenido de las especies, como elementos fundamentales para garantizar y elevar la calidad de vida de la población.

5. Observar, fudamentalmente, el principio de la prevención, entendiéndose que la protección ambiental no se limita a la restauración de daños existentes ni a la defensa contra peligros inminentes, sino a la eliminación de posibles daños ambientales.

6. Efectuar las acciones de control de la contaminación ambiental, debiendo ser realizadas, principalmente, en las fuentes emisoras.

Los costos de las prevención, vigilancia, recuperación y compensación del deterioro ambiental corren a cargo del causante del perjuicio.

7. La rehabilitación de las zonas que resulten perjudicadas como consecuencia de actividades humanas para ser destinadas al bienestar de las poblaciones afectadas.

8. Tomar en cuenta que el ambiente no sólo constituye un sector de la realidad nacional, sino un todo integral de los sectores y actividades humanas. En tal sentido, las cuestiones y problemas ambientales deben ser considerados y asumidos globalmente y al más alto nivel, como cuestiones y problemas de política general, no pudiendo ninguna autoridad eximirse de tomar en consideración o de prestar su concurso a la conservación del medio ambiente y los recursos naturales.

9. Velar porque las actividades que se lleven a cabo dentro del territorio nacional y en aquellas zonas donde ejercen soberanía y jurisdicción no afecten el equilibrio ecológico de otros países o de zonas de jurisdicción internacional. Asimismo, la actividad del Estado debe estar dirigida a velar para que las actividades que se lleve a cabo en zonas donde no ejerce soberanía ni jurisdicción no afecten el equilibrio ecológico del país».

Como podemos apreciar, el conjunto de elementos que deben ser incorporados en la política nacional del ambiente es bastante complejo. Sólo faltaría, de los elementos que nosotros hemos identificado antes, la superación de la pobreza. No es poco olvido en un país como el Perú.

Finalmente, debemos añadir que mediante la Ley 26410 del 16 de diciembre de 1994, se ha dictado la Ley del Consejo Nacional del Ambiente, cuyos objetivos y funciones son los siguientes:

«Ley 26410, artículo 3.- Son objetivos del CONAM:

a) Promover la conservación del ambiente a fin de coadyuvar al desarrollo integral de la persona humana sobre la base de garantizar una adecuada calidad de vida.
b) Propiciar el equilibrio entre el desarrollo socioeconómico, el uso sostenible de los recursos naturales y la conservación del ambiente».

«Ley 26410, artículo 4.- Son funciones del CONAM:

a) Formular, coordinar, dirigir y evaluar la política nacional ambiental, así como velar por su estricto cumplimiento;
b) Coordinar y concertar las acciones de los Sectores y de los organismos del Gobierno Central, así como las de los Gobiernos Regionales y Locales en asuntos ambientales, a fin de que éstas guarden armonía con las políticas establecidas;
c) Establecer los criterios y patrones generales de ordenamiento y calidad ambiental, así como coordinar con los Sectores la fijación de los límites permisibles para la protección ambiental;
d) Proponer mecanismos que faciliten la cooperación internacional para alcanzar los objetivos de la política nacional ambiental;
e) Establecer criterios generales para la elaboración de estudios de impacto ambiental (EIA);
f) Supervisar el cumplimiento de la política nacional ambiental y de sus directivas, sobre el ambiente, por parte de las entidades del Gobierno Central, Gobiernos Regionales y Locales;
g) Fomentar la investigación y la educación ambiental, así como la participación ciudadana, en todos los niveles;
h) Resolver, en última instancia administrativa, los recursos impugnativos interpuestos contra resoluciones o actos administrativos relacionados con el ambiente, en los casos que señale el reglamento de la presente ley;
i) Proponer proyectos de normas legales y emitir opinión en materia ambiental en los casos que sea pertinente;

j) Demandar el inicio de las acciones administrativas, civiles y/o penales correspondientes, en los casos de incumplimiento de las políticas, normas y/o directivas que emanen del CONAM;
k) Fomentar la investigación y documentación sobre los conocimientos y tecnologías nativas relativas al ambiente;
l) Promover y consolidar la información ambiental de los distintos organismos públicos;
m) Establecer el Plan Nacional de Acción Ambiental;
n) Proponer la creación y fortalecimiento de los medios, instrumentos y metodologías necesarias para la elaboración de la valorización del patrimonio natural de la Nación;
ñ) Elaborar anualmente un Informe Nacional sobre el estado del ambiente en el Perú; y,
o) Las demás que le correspondan de acuerdo a ley».

114. Artículo 68

«Artículo 68.- El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo no tiene antecedente en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

Como contrapeso a las dificultades que al Perú le presenta su accidentada y variada geografía, recibe también una diversidad climática inmensa y, con ella, también una diversidad biológica enorme. Contemporáneamente es una riqueza natural importante no sólo en sí misma, sino también por las perspectivas de aprovechamiento que presenta en virtud de los descubrimientos y de los desarrollos tecnológicos.

Dice Pezo al respecto:

> A partir de la década del 80, la biotecnología, la microelec-

trónica, la creación de nuevos materiales y el desarrollo de las comunicaciones son consideradas como las cuatro grandes áreas en las cuales se concentran las llamadas 'tecnologías de punta'.

Más aún, en la identificación de las nuevas tendencias técnico-productivas va cobrando mayor fuerza la afirmación de que la biotecnología a diferencia de la microelectrónica aún no logra su total desarrollo, ello sólo será posible a partir de los primeros años del siglo XXI.

Sólo esto nos permitirá comprender uno de los más gravitantes acontecimientos sucedidos durante la Cumbre de la Tierra, celebrada en Brasil en los últimos meses de 1992. Allí, Estados Unidos se negó a firmar el compromiso de respeto y protección de la biodiversidad ecológica, particularmente de la región Amazónica.

Dicha terquedad y aislamiento, de uno de los países más poderosos de mundo, es posible entenderla a la luz del desarrollo de la biogénetica y la biotecnología en las que está trabajando el gran país del Norte, con el fin de lograr nuevos materiales y nuevos insumos, bases para el nuevo patrón productivo que se viene procesando desde 1980.

En el caso del Perú esto es sumamente importante, ya que tiene la mayor diversidad ecológica en el mundo: de los 102 tipos de microcli-mas existentes 84, se encuentran en el país (178).

En realidad, el Perú debiera orientar parte significativa de su política de desarrollo a proteger su diversidad biológica, y a desarrollar los instrumentos científicos y técnicos que le permitan utilizarla para su progreso y para el bien de la humanidad.

La ley 26839, Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica, promulgada el 08 de Julio de 1997

---

(178) PEZO PAREDES, Alfredo. *Agenda Regional. Nación, regiones y competitividad.* Lima, Fundación Friedrich Ebert, 1994, p. 39.

es el cuerpo legislativo que tiene que ver precisamente con el tema que hemos tratado en las líneas precedentes.

Las áreas naturales protegidas a las que se refiere este artículo, son los grandes parques nacionales o santuarios, delimitados y aprobados por decisiones gubernativas, en los cuales está prohibida la explotación de animales y vegetales bajo ninguna forma. Se trata así de crear zonas geográficas en las que la diversidad biológica esté abrigada y protegida de la depredación.

La Ley 26834, Ley de Areas Naturales Protegidas, promulgada el 30 de junio de 1997, establece al respecto:

"Ley 26834, artículo 1.- [...]

Las Areas Naturales Protegidas son los espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país.

Las Areas Naturales Protegidas constituyen patrimonio de la Nación. Su condición natural debe ser mantenida a perpetuidad pudiendo permitirse el uso regulado del área y el aprovechamiento de recursos, o determinarse la restricción de los usos directos".

"Ley 26834, artículo 2.- La protección de las áreas a que se refiere el artículo anterior tiene como objetivos:

a. Asegurar la continuidad de los procesos ecológicos y evolutivos, dentro de áreas suficientemente extensas y representativas de cada una de las unidades ecológicas del país.
b. Mantener muestras de los distintos tipos de comunidad natural, paisajes y formas fisiográficas, en especial de aquellos que representan la diversidad única y distintiva del país.
c. Evitar la extinción de especies de flora y fauna silvestre, en especial aquellas de distribución restringida o amenazadas.
d. Evitar la pérdida de la diversidad genética.

e. Mantener y manejar los recursos de la flora silvestre, de modo que aseguren una producción estable y sostenible.
f. Mantener y manejar los recursos de la fauna silvestre, incluidos los recursos hidrobiológicos, para la producción de alimentos y como base de actividades económicas, incluyendo las recreativas y deportivas.
g. Mantener la base de recursos, incluyendo los genéticos, que permita desarrollar opciones para mejorar los sistemas productivos, encontrar adaptaciones frente a eventuales cambios climáticos perniciosos y servir de sustento para investigaciones científicas, tecnológicas e industriales.
h. Mantener y manejar las condiciones funcionales de las cuencas hidrográficas de modo que se aseguren la captación, flujo y calidad del agua, y se controle la erosión y sedimentación.
i. Proporcionar medios y oportunidades para actividades educativas, así como para el desarrollo de la investigación científica.
j. Proporcional oportunidades para el monitoreo del estado del medio ambiente.
k. Proporcionar oportunidades para la recreación y el esparcimiento al aire libre, así como para un desarrollo turístico basado en las características naturales y culturales del país.
l. Mantener el entorno natural de los recursos culturales, arqueológicos e históricos ubicados en su interior.
m. Restaurar ecosistemas deteriorados.
n. Conservar la identidad natural y cultural asociada existente en dichas áreas".

Adicionalmente, el Decreto Legislativo 613, Código del Medio Ambiente, contiene la siguiente norma al respecto:

«Decreto Legislativo 613, artículo IX del Título preliminar- Ninguna consideración o circunstancia pueden legitimar o excusar acciones que pudieran implicar el exterminio de especies o subespecies vegetales o animales».

La norma es correcta y significa que el exterminio de especies está prohibido porque su preservación es un interés superior a cualquier otro que pueda entrar en colisión con él.

También cabe decir que el Código Penal peruano ha incorporado delitos contra la ecología entre sus artículos 304 y 313. La descripción de los tipos es larga pero la sumilla de los principales que contiene es la siguiente:

- Delito de contaminación del medio ambiente.
- Delito de Depósito o comercialización de desechos industriales en lugares no autorizados.
- Delito contra las especies de flora y fauna protegida.
- Delito contra la flora o fauna acuática en épocas prohibidas.
- Delito de depredación de bosques.
- Delito de utilización de tierras cultivables con fines urbanísticos.
- Delito de alteración ilegal del ambiente natural por construcción de obras.
- Delito de funcionarios públicos de inobservancia negligente de normas de naturaleza pública.
- Delito de funcionarios públicos de autorización ilegal de habilitación urbana.

Se puede apreciar que es una lista larga y completa de los principales delitos que pueden ser cometidos en la actuación de personas de derecho privado y de funcionarios públicos, contra el medio ambiente.

En relación al tema de este artículo cabe decir, finalmente, que el Decreto Legislativo 682 del 20 de octubre de 1991, establece que las medidas de libre comercio no excluyen el cumplimiento de las disposiciones destinadas a preservar el patrimonio genético de cultivos y de la flora y fauna silvestres. Es una limitación saludable a la sobreexplotación que, de otra manera, se podría producir de algunas especies.

115. Artículo 69

«Artículo 69.- El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonía con una legislación adecuada.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo de la Constitución de 1979 antecedente de éste que comentamos aquí es el siguiente:

"Artículo 120.- El Estado impulsa el desarrollo de la Amazonía. Le otorga regímenes especiales cuando así se requiere.

Una institución técnica y autónoma tiene a su cargo el inventario, la investigación, la evaluación y el control de dichos recursos".

Ambas Constituciones declaran que el Estado impulsa o promueve el desarrollo de la Amazonía. Mientras la Constitución de 1979 se preocupa fundamentalmente de los incentivos para promover la actividad económica en dicha región natural, el artículo 69 de la Constitución de 1993 pone el énfasis en el desarrollo sostenible, que tiene que ver también con la preservación del medio ambiente.

En los textos, resulta claro que la elaboración que sobre este punto hace la Constitución de 1993, es mejor que la que hace la de 1979.

Análisis exegético

La amazonía es un territorio habitado por decenas de pueblos que han estado en ella durante muchísimos años y tienen sus propias culturas y territorios:

> Como dicen los agentes de pastoral de la selva, la Amazonía es un mosaico formado por más de 60 grupos humanos. No se puede ignorar este «pluralismo» étnico cultural, si se pretende tener una visión realista y llevar a cabo una planificación acertada para los grupos nativos. Este pluralismo es el resultado de la multiplicidad de las culturas que convergieron en la Selva y se diversificaron

por el aislamiento biológico-cultural y que perduran hasta nuestros días. Sin embargo, a pesar de este pluralismo cultural, la Amazonía forma un «área cultural», no solamente un área geográfica, una unidad que se encuentra principalmente en el indígena o nativo (179).

Por consiguiente, en estricto sentido, no se trata de que el desarrollo amazónico sea equivalente a una ocupación de *tierra de nadie*. Esta parece haber sido, sin embargo, la tónica preponderante en la historia del Perú. Dice Maury:

"Desde siempre la selva ha sido considerada como un vasto territorio virgen, totalmente inhóspito y despoblado, que guarda riquezas considerables, donde existen «tribus salvajes» a las cuales hay que civilizar.

Haciendo un breve recuento de la poca legislación sobre la materia, tenemos que a partir de la Ley N. 1220 del 31 de diciembre de 1909, Ley General de Tierras de Montaña, se establece el régimen de tenencia de propiedad territorial en la Selva, el cual pretendía la colonización de la Amazonía.

Esta ley establecía:

«Art. 1.- Se consideran tierras de montaña las que estando situadas en la zona fluvial de la República constituyen la región de los bosques.

Art. 3.- Los compradores o concesionarios adquieren el dominio perpetuo y absoluto de las tierras de montaña».

Esta ley tuvo vigencia hasta el año 1974.

En esta ley no se consideró en lo más mínimo a la población indígena, por lo que ésta podía ser desalojada o explotada como fuerza de

---

(179) AROCA MEDINA, Américo Javier.*Problemática de las Comunidades Nativas.* VARIOS AUTORES. *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional.* Lima, CAAAP-SER, 1993, p. 184.

trabajo. Un ejemplo de ello ocurre durante la época de explotación del caucho, donde se impusieron formas esclavistas de producción" (180).

Y añade sobre la última disposición dictada al respecto:

"El gobierno del Presidente Fujimori, en julio de 1991 promulgó el Decreto Legislativo N. 653, de Promoción y Desarrollo Agrario, en el cual el aspecto fundamental está referido a la libre transferencia de la propiedad de las tierras, tratando de incorporarlas al libre juego de la oferta y la demanda, otorgándose posibilidades de adjudicación de extensiones de tierras considerables a colonos, quienes nuevamente son invitados a colonizar la selva, sea como personas naturales o jurídicas" (181).

Por su parte, el 19 de enero de 1989 se dictó la Ley 24994, que contenía las bases para el desarrollo rural de la Amazonía Peruana. En ella se decía lo siguiente:

«Ley 24994, artículo 3.- Son objetivos de esta ley:

a) Promover la creación de nuevos asentamientos humanos rurales en la Amazonía, capacitados para un autodesarrollo sostenido;
b) Brindar apoyo progresivo a los asentamientos rurales nucleados y dispersos existentes; y propiciar mejores niveles de vida;
c) Brindar atención oportuna a la población rural de la Amazonía en los campos de la salud, la educación y la vivienda;
d) Promover la migración andina hacia la Amazonía y su debida preparación para adaptarse a las condiciones de vida de dicho ámbito;
e) Conservar la identidad étnico-cultural de las poblaciones nativas y fomentar su desarrollo;

---

(180) MAURY PARRA, Luis. *Problemática territorial de los pueblos indígenas en el Perú.* VARIOS AUTORES. *Nueva Constitución. El problema de la tierra.* Lima, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, CAAAP, 1993, p. 7.

(181) MAURY PARRA, Luis. *Problemática territorial de los pueblos indígenas en el Perú.* VARIOS AUTORES. *Nueva Constitución. El problema de la tierra.* Lima, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, CAAAP, 1993, pp. 10-11.

f) Estimular la actividad agropecuaria y la forestal en la Amazonía;
g) Promover el desarrollo industrial, de preferencia en aquellas ramas orientadas a satisfacer las necesidades básicas de la población y las que procuren un mayor valor agregado a los recursos de la Amazonía;
h) Estimular la investigación para el fomento de tecnologías apropiadas y adaptadas a la realidad amazónica, rescatando los aportes tecnológicos regionales;
i) Propender a la consolidación de fronteras vivas en la Amazonía;
j) Dotar de la infraestructura vial y aérea, así como promover la navegación fluvial acorde con las necesidades de desarrollo;
k) Aprovechar convenientemente las experiencias institucionales e individuales exitosas cumplidas en el desarrollo de la Amazonía;
l) Integrar los esfuerzos que realizan en forma dispersa las distintas entidades públicas y privadas interesadas en el desarrollo de la Amazonía; y,
ll) Propiciar el desarrollo de la actividad turística en la Amazonía, principalmente el turismo aventura».

En realidad, existían aquí elementos de la más diversa naturaleza. Es obvio que el concepto que existe atrás del conjunto es el mismo: promover la colonización, particularmente desde la Sierra. Tenía como elementos buenos el pretender estimular la investigación tecnológica, dotar de infraestructura a la región, y facilitar servicios esenciales. Las poblaciones nativas aparecen pasivamente en el contexto, pues no son los grupos humanos que aparentemente liderarán el desarrollo de la región.

Puede apreciarse que la política no parece haber variado sustantivamente en todo el siglo XX: desconociendo la real existencia de los pueblos nativos, el Gobierno central pretende *colonizar* la selva y para ello da garantías sobre tierras que, en realidad, pertenecen en muchos casos a las comunidades nativas, particularmente aquellas en las que los colonos van a establecerse, y que son las que preferentemente utilizarían los nativos: las que bordean los ríos, las grandes vías de transporte de la Amazonía.

Pero no sólo es la usurpación del espacio lo que importa. Generalmente se pinta a la Selva como un territorio feraz y apropiado para las actividades agropecuarias. Todo lo contrario: es una zona de bosque en la

que hay que utilizar la tierra con mucho cuidado, donde los rendimientos de producción no son los que existen en otros lugares, y donde, también, es preciso evitar la tala indiscriminada de bosques porque si no se destruye todo el entorno ecológico. El nativo ha aprendido a hacerlo durante generaciones de convivencia con ese ambiente.

Por lo tanto, el desarrollo *sostenible* de la Amazonía, no puede ni debe hacerse al margen y menos aún en contra de las poblaciones nativas, ni tiene que utilizarse para ello la incorporación de colonos que irrumpan en el espacio de las comunidades nativas para trabajar con técnicas extrañas al entorno, que depredarán el bosque y harán inútil la tierra en poco tiempo.

Consideramos que el desarrollo selvático debe hacerse con las poblaciones nativas, respetando sus tradiciones y sus espacios vitales y, dentro de ellos, facilitando la evolución tecnológica que les permita, de un lado, mayor producción con mejor nivel de vida y, de otro, mantener el ecosistema selvático sin daños irreversibles.

En este contexto sí se puede considerar el ingreso de colonos y, aún, de grandes capitales que vayan a explotar las riquezas naturales, tanto vegetales como minerales. Pero en estricto cumplimiento de los derechos preexistentes de los nativos, y de las normas de preservación que hemos estudiado a propósito del artículo anterior. A todo ello, y desde la perspectiva jurídica, deberíamos añadir un aspecto nuevo y muy importante: es el reconocimiento que debe hacerse a los nativos por la preservación que han hecho de las riquezas de la zona. Dice Caillaux a propósito:

> "[...] *Time* del 7-11-94, en un informe especial sobre lo recorrido desde Río hasta hoy destina dos páginas centrales, bajo el título «Alimentando al doble de la población mundial actual», el reto del abastecimiento alimentario. El artículo reconoce que la producción agropecuaria requiere, necesariamente, de la biotecnología para alimentar a los cien millones de seres humanos que se suman cada año a los 5,660 millones de habitantes existentes a Junio de 1994.

Pues bien, una de las fuentes materiales de la investigación y

> la industria biotecnológica precisamente está en los países amazónicos y andinos por dos razones: 1) por contener grandes niveles de diversidad biológica, es decir, diversidad de especies, de sistemas ecológicos y de genes; y, 2) porque nuestras comunidades indígenas y locales le han agregado a esos recursos, un valor intangible expresado en conocimientos, tecnologías y prácticas tradicionales. Este valor que las comunidades indígenas han agregado al recurso biológico, actualmente no tiene precio en el mercado y tampoco un lugar en el derecho. Como se trata de una forma sui generis de propiedad intelectual es claro que el sistema jurídico debe desarrollar mecanismos de protección de manera equivalente a, por ejemplo, los regímenes de patentes. No hacerlo es renunciar al valor contenido en nuestro patrimonio biológico y desconocer el valioso aporte que realizan desde antiguo nuestras comunidades indígenas y tradicionales (182).

Ya se sabe de muchos elementos de biotecnología extraídos por extranjeros de la Amazonía y patentados en países del primer mundo, lo que hace imposible utilizarlos en el mercado internacional por nosotros. Es muy importante que se diseñe una política específica destinada a proteger los derechos de propiedad industrial referentes a esta riqueza, de forma que podamos, con el tiempo, explotarla de la manera más favorable a los intereses del país, y con una justa participación de las poblaciones nativas.

En adición a los temas tratados sobre la Amazonía, existe un problema sobre el régimen de tierras de las comunidades nativas, que abordamos en su lugar: el comentario al artículo 89.

---

(182) CAILLAUX ZAZZALI, Jorge. *Medio Ambiente, Población y Desarrollo.* VARIOS AUTORES. *Hacia una agenda nacional de política exterior.* Lima, Centro Peruano de Estudios Internacionales, CEPEI, 1995, p. 80.

TITULO III

CAPITULO III

PROPIEDAD

116. TITULO III, CAPITULO III: PROPIEDAD

Liberalismo, propiedad y constitucionalismo son fenómenos prácticamente simultáneos en la historia. Y fue precisamente en Francia donde los tres elementos se conjugaron en un período histórico relativamente breve: la revolución liberal triunfa en junio de 1789 y en agosto de ese año se conforma la Asamblea Constituyente, que da la Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo 17 establece:

"Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 17.- Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización".

Como se sabe, más tarde esta Declaración pasó a tener rango constitucional en Francia. Finalmente, la gran elaboración de la propiedad en los rasgos esenciales que hoy le conocemos, proviene del Código Civil francés de 1804, dictado bajo el gobierno del gran revolucionario liberal que fue Napoleón.

A las Constituciones no les corresponde establecer las normas detalladas del contenido y ejercicio de la propiedad, materia harto compleja en el Derecho que, originalmente fue puramente civil, pero hoy se ha extendido a muchos otros ámbitos: el administrativo, el comercial, el inmenso y especializado campo de la propiedad intelectual, etc.

Lo que procede sobre propiedad en los textos constitucionales es establecer sus grandes principios que, en nuestro concepto, son los siguientes:

- La gran distinción entre la propiedad privada y el dominio sobre los bienes públicos. En la Constitución de 1993 esta diferencia no es totalmente clara en el texto aunque sí en la *ratio legis* y se halla contenida en los artículos 70 y 73 respectivamente.

  El artículo 70 trata de la propiedad como un derecho privado, pertenezca efectivamente a personas de derecho privado, o a personas de Derecho público que detentan, sin embargo, su propiedad como de Derecho privado, aunque obedeciendo complementariamente a ciertas reglas del Derecho Administrativo (tal el caso de los bienes de producción de ciertas empresas públicas).

  El artículo 73, por el contrario, se refiere a los bienes sobre los cuales existe *dominio público*, sean o no de uso público. Aquí dos aspectos conceptuales son importantes: la diferencia entre dominio y propiedad, y la diferencia entre bien de uso público y bien que no es de uso público.

  La *propiedad* es entendida en el Derecho contemporáneo como el poder de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el objeto materia del derecho. Si bien la manera como estos poderes específicos de la propiedad son ejercitados varía de ámbito en ámbito (no es lo mismo disponer de un bien mueble común que de una acción cotizada en bolsa, por ejemplo), los principios generales son los mismos: la propiedad está a disposición del titular y puede (y debe) circular.

  El *dominio* tiene más bien el sentido de *pertenencia* a alguien que ejerce el señorío y ya estos vocablos dan el sentido de pertenencia histórica del concepto. En efecto, durante largos períodos de la historia humana en los que ya existió una forma jurídica consistente, hubo *dominio* sin haber *propiedad* tal como la entendemos ahora. Los derechos que los señores tenían sobre sus tierras durante la Edad Media europea pueden aclarar las cosas: este dominio feudal era efectivamente una titularidad sobre el bien que daba prácticamente todos los derechos que hoy reconocemos a la propiedad. Sin

embargo, los bienes no *circulaban* de la manera como entendemos hoy la circulación, es decir, como libertad de disposición. Por el contrario, los bienes de aquel entonces sólo podían ser transferidos de determinada manera (usualmente mediante el Derecho de Herencia y, aún allí, sin mayores libertades. Por ejemplo, existían los límites del *mayorazgo* o de las *manos muertas* que inmobilizaban el bien en manos de determinados beneficiarios). El dominio, para utilizar terminología contemporánea, estaba más referido a los bienes entendidos como *bienes de uso*. La propiedad actual considera a los bienes más como *bienes de cambio*. Por lo tanto, dominio no es propiedad. Tiene más que ver con el ejercicio de derechos inamovibles y no dedicados a la circulación sobre los bienes.

Así, el Estado tiene dominio sobre los terrenos eriazos, sobre el mar territorial, sobre el espacio aéreo. No se excluye la posibilidad de que establezca derechos a terceros sobre ellos, cosa que desde luego ocurre. Inclusive, puede suceder que en determinado momento los transfiera (como ocurre, efectivamente, con las tierras eriazas una vez que han sido aplicadas a un proyecto como por ejemplo de desarrollo urbano o de irrigación), pero el dominio tiene, aún así, un significado distinto al de propiedad, no vinculado al ejercicio de potestades concretas y, sobre todo, no dispuesto fácilmente a la circulación.

De otro lado, los *bienes de uso público* son aquellos que están destinados a que los utilicen todas las personas indistintamente, sin que ninguna de ellas pueda establecer un derecho individual, o colectivo, exclusivo sobre dichos bienes. Los ejemplos clásicos de bienes de uso público son los parques, las plazas, las calzadas, las veredas, los ríos, los lagos y el mar, entre otros.

Hay bienes de dominio público que no son de uso público. Por ejemplo, los parques nacionales que protegen a la naturaleza, los fondos marinos, los yacimientos minerales, entre otros.

Ahora bien, puede ocurrir que sobre ciertos bienes de uso público, se establezcan concesiones de aprovechamiento económico a particulares. Esto no significa que dichos concesionarios puedan utilizar en exclusividad los bienes de uso público según su destino, sino

más bien que puedan recibir de su explotación ciertas rentas que, normalmente, estarán destinadas a mejorar su calidad o, simplemente, a establecer los usos públicos donde no existen. Los casos más usuales son los de concesión del peaje de una carretera o de un puente al inversionista privado que los construya, con la finalidad que se logre resarcir su inversión y obtener una utilidad razonable por ella. Estas concesiones sobre bienes de uso público son reconocidas en el Derecho y se utilizan como un estímulo a la inversión en ellos. Como puede apreciarse, no cambian la naturaleza de uso público de los bienes, aunque sí imponen una carga económica a quienes los utilicen.

- Un segundo aspecto que corresponde a la regulación constitucional de la propiedad es la determinación de las condiciones de expropiación o confiscación de bienes (la confiscación existe en ciertos casos como sanción: es el caso de la norma que contiene la parte final del primer párrafo del artículo 175 de la Constitución de 1993, por ejemplo).

  En esta materia es importante determinar cuando menos los siguientes elementos:

  a. Si habrá o no expropiación (o confiscación).
  b. Las razones por las cuales podrá expropiarse (normalmente la necesidad y utilidad pública, seguridad nacional o el interés social. Como se puede apreciar de nuestro artículo 70, éste último no figura entre las posibilidades existentes en el Perú).
  c. El tipo de proceso y las garantías que se establecen para el propietario que perderá su derecho.
  d. Las características de la valorización del bien y la forma de pago.

  Todas estas disposiciones se hallan en el artículo 70 de la Constitución de 1993.

- Los grandes límites y condiciones de ejercicio que se ponga a la propiedad. Generalmente son límites que luego serán desarrollados en las normas con rango de ley. Las principales limitaciones establecidas en la Constitución de 1993 son:

a. El uso de la propiedad debe armonizarse con el bien común y el propietario deberá actuar dentro de los límites de la ley (artículo 70 de la Constitución de 1993).
b. Las restricciones a la propiedad de extranjeros dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras (artículo 71 segundo párrafo de la Constitución).
c. Las restricciones que pueda establecerse a la propiedad, o a alguna de sus potestades desagregadas, en materia de seguridad nacional, consideradas en el artículo 72 de la Constitución de 1993.

Las diferencias más saltantes del tratamiento a la propiedad entre las Constituciones de 1979 y 1993 son las siguientes:

- Según la Constitución de 1979 la propiedad debía utilizarse en armonía con el interés social. La de 1993 busca esa armonía con el bien común, conceptos de contenido ideológico distinto: el bien común puede ser interpretado como la suma de los intereses individuales en un concepto esencialmente liberal. El interés social tiene siempre un contenido adicional de solidaridad que ha sido sistemáticamente eliminado del texto de 1993.
- Se ha restringido las causales de la expropiación a razones de seguridad nacional o necesidad pública. La Constitución de 1979 permitía hacerlo por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, con lo que daba mayor posibilidad de ejercicio de la expropiación.
- El pago de la indemnización tiene que ser siempre previo y en efectivo en la Constitución de 1993. La Constitución de 1979 permitía pago diferido en las hipótesis del último párrafo de su artículo 125.
- La Constitución de 1993 exige que en el justiprecio se incluya el perjuicio que la expropiación misma infringe al expropiado. Esto no se hallaba considerado en la Constitución de 1979.
- La Constitución de 1979 da al expropiado acción para contestar el valor de la propiedad que se haya señalado en el procedimiento expropiatorio. Este derecho no estaba contemplado en la Constitución de 1979 y, además, tampoco figuraba en la legislación de la época.
- La Constitución de 1993 da la misma condición a la propiedad de

los extranjeros y de los nacionales. La de 1979 establecía diferencias entre ambos, en algunos casos significativas.

- La Constitución de 1993 permite la posibilidad de conceder a particulares, derechos sobre bienes de uso público, cosa que ya hemos comentado antes. Esto no era posible en la Constitución de 1979.
- La Constitución de 1979 permitía establecer restricciones y prohibiciones especiales en materia de propiedad por razón de *interés nacional*. La de 1993 lo permite sólo por razones de *seguridad nacional* y establece que dichas restricciones deben ser temporales. Es, pues, menos inclinada a establecer límites a la propiedad que la de 1979.

117. Artículo 70

> ***«Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.»***

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 consignó la propiedad entre otros varios derechos protegidos:

«Constitución de 1823, artículo 193.- Sin embargo de estar consignados los derechos sociales é individuales de los Peruanos en la organización de esta ley fundamental se declaran inviolables:

[...]

La propiedad.

[...]".

La Constitución de 1828 estableció la inviolabilidad de la propiedad, y reguló en términos generales la expropiación en la siguiente forma (texto que fue seguido luego por los artículos 161 de la Constitución de 1834 y 167 de la Constitución de 1839):

"Constitución de 1828, artículo 165.- Es inviolable el derecho de propiedad. Si el bien público, legalmente reconocido, exigiere la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado de su valor".

La Constitución de 1856 introduce la causa de utilidad pública para la expropiación:

«Constitución de 1856, artículo 25.- La propiedad es inviolable: a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública legalmente probada y previa indemnización justipreciada».

La Constitución de 1860 expresó la propiedad de manera más desagregada que las Constituciones anteriores, aunque lo sustancial del tratamiento es igual a los textos anteriores (su texto fue seguido por el artículo 25 de la Constitución de 1867):

"Constitución de 1860, artículo 26.- La propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria ó artística: a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública, probada legalmente y previa indemnización justipreciada".

La Constitución de 1920 hace un tratamiento más detallado del tema de la propiedad, incluyendo la sujeción a la legislación nacional y regulando los bienes públicos. También prevé en su artículo 44 la posibilidad de nacionalizar determinados aspectos de la vida económica:

«Constitución de 1920, artículo 38.- La propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria ó artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada. La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas

establezcan. No pueden ser materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso es de todos, como los ríos y caminos públicos. Se prohibe las vinculaciones, y toda propiedad es enajenable en la forma que determinen las leyes».

«Constitución de 1920, artículo 44.- El Estado podrá por ley tomar a su cargo o nacionalizar transportes terrestres, marítimos, aéreos u otros servicios públicos de propiedad particular, previo pago de la indemnización correspondiente».

En materia de propiedad, la Constitución de 1933 siguió el esquema global de la Constitución de 1920 en sus artículos 29 y 38. Sin embargo, reguló su utilización en armonía con el interés social:

«Constitución de 1933, artículo 34.- La propiedad debe usarse en armonía con el interés social. La ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las normas antecedentes del artículo 70 que comentamos, en la Constitución de 1979, eran las siguientes:

"Artículo 124.- La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades.

La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad".

"Artículo 125.- La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo pago en dinero de indemnización justipreciada.

La ley establece las normas de procedimiento, valorización, caducidad y abandono.

En la expropiación por causa de guerra, de calamidad pública,

para reforma agraria o remodelación de centros poblados o para aprovechar fuentes de energía, el pago de la indemnización justipreciada puede hacerse en efectivo por armadas, o en bonos de aceptación obligatoria y libre disposición, redimibles forzosamente en dinero. En tales casos la ley señala el monto de la emisión, plazos adecuados de pago, intereses reajustables periódicamente, así como la parte de la indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa".

Ambas Constituciones establecen las siguientes normas en común:

- El derecho de propiedad es inviolable y está garantizado por el Estado.
- Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causales determinadas por ley. La Constitución de 1979 establecía que estas causales eran las de *necesidad y utilidad publicas o de interés social*, en tanto que la de 1993 establece las causales como de *seguridad nacional o necesidad pública*. La diferencia aparece clara en dos aspectos: de un lado, en el interés social existente en 1979 y eliminado en 1993. De otro lado en que en la Constitución de 1979 se permitía la expropiación por utilidad pública que es un concepto más abierto y flexible que el de necesidad pública. En realidad, el efecto de la Constitución de 1993 es restringir las causales posibles de expropiación. La inclusión en su texto de la seguridad nacional es indispensable porque al haber restringido la utilidad pública, tenía que salvarse la posibilidad de expropiar por seguridad.
- La norma que la expropiación se hace previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada.

La Constitución de 1993 trae tres modificaciones importantes respecto del tema de la expropiación que no estaban en la Constitución de 1979:

- El primero es que en la indemnización debe incluirse compensación por el eventual perjuicio.
- El segundo, que hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad señalado en el procedimiento expropiatorio.
- La ausencia de excepciones al principio de pago previo en dinero. Ellas figuraban en el párrafo final del artículo 125 de la Constitución de 1979.

Análisis exegético

El derecho que tratamos tiene refrendación, como no podía ser de otro modo, en los instrumentos internacionales.

Dice la Declaración Universal de Derechos Humanos:

"Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 17.-

1.- Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

2.- Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad».

Están aquí los dos elementos centrales que las normas de rango constitucional protegen de la propiedad desde la misma Declaración francesa: el derecho a la propiedad y la prohibición de privar arbitrariamente de él. El primero es el aspecto positivo del derecho, el segundo es una protección en sentido negativo.

La Convención Americana dice:

"Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 21.-

1.- Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2.- Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

[...]».

La Convención repite la misma estructura ya vista en la Declaración Universal, pero en la parte final del primer párrafo añade la posibilidad de que el uso y goce de la propiedad sea sujetado al interés social.

El concepto de interés social ligado a la propiedad ha desaparecido de nuestra Constitución. Dice, simplemente que debe ser ejercitada en ar-

monía con el bien común. En realidad, el bien común y el interés social son dos conceptos flexibles, *standard*, que pueden recibir contenido diverso según las ideas del gobierno que en cada caso ejerza el poder. Lo importante es que la propiedad no es un valor absoluto (ni puede serlo): está subordinada al bien común de toda la sociedad.

La Constitución establece que la propiedad se ejerce *dentro de los límites de la ley*. Esta afirmación es muy importante porque da pie a que existan normas reguladoras de la propiedad y que sean de segundo rango, por debajo de la Constitución, desde luego.

Desde el punto de vista jurídico, la propiedad es un derecho real, de persona sobre cosas. Es el derecho por excelencia porque reúne en sí todos los poderes que puede ejercitarse sobre el bien materia de un derecho. Dice el artículo 923 del Código Civil:

"Código Civil, artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley".

El usar consiste en servirse del bien: si es un cuaderno escribir sobre él, si una casa habitarla y así sucesivamente.

El disfrutar consiste en percibir los frutos y productos que ofrece la cosa. Los frutos son los provechos renovables del bien sin que disminuya ni se altere su sustancia (artículo 890 del Código Civil). Se subdividen en frutos naturales (las frutas, por ejemplo) y civiles (los alquileres que da una casa).

Los productos son los provechos no renovables que se extraen de un bien (artículo 894 del Código Civil). Tales, por ejemplo, la transformación de la cebada en cerveza, o de la harina en pan.

La regulación de los frutos y productos en el Derecho peruano, se halla entre los artículos 890 y 895 del Código Civil.

El disponer consiste en entregar todo o parte de los derechos correspondientes a la propiedad a un tercero para que se sirva del bien. Cuando presto una casa estoy disponiendo de ella. Cuando la vendo o la

regalo también. No importa el tipo de acto de disposición sino el hecho del traslado total o parcial, temporal o permanente, de los atributos de la propiedad (todos o algunos de ellos).

El reivindicar es el recuperar el bien objeto de la propiedad de quien lo posee sin derecho a ello. Es lo que se llama el *derecho de persecución* por excelencia del bien: el propietario encuentra el bien de su propiedad y puede dirigir la acción reivindicatoria de carácter imprescriptible contra quien lo tenga, para que se lo devuelva. Desde luego, si la persona lo tiene legítimamente, entonces no podrá solicitarse la reivindicación hasta que se cumplan los plazos o las condiciones que daban el bien a quien no era el propietario (por ejemplo, la expiración de un contrato de alquiler).

El artículo comienza diciendo que la propiedad es inviolable (a su turno, como vimos, la Declaración francesa dijo que la propiedad era *sagrada*). El significado de estas afirmaciones consiste en que la propiedad no puede ser retirada del propietario sin su consentimiento, sino en ciertas circunstancias previstas en la ley: el abandono y la expropiación son dos expresamente mencionados en la Constitución.

El abandono consiste en la extinción del derecho de propiedad sobre predios que no han sido poseídos por su propietario ni inmediata ni mediatamente (la posesión inmediata se hace directamente; la mediata a través de otra persona por encargo nuestro). Requiere un cierto lapso que en el Código Civil es de veinte años. Dice:

"Código Civil, artículo 968.- La propiedad se extingue por:

[...]

4. Abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado".

También la Constitución hace mención al abandono de la propiedad predial en su artículo 88 que, sin embargo, está restringido a las tierras agropecuarias.

Podría pensarse que al no haberse establecido de manera expresa e

inequívoca el abandono de la propiedad predial en la Constitución, es una institución que no debe existir, salvo el caso específico de los predios agrícolas debido a que sí existe mención en el artículo 88.

Nosotros consideramos que sería un error adoptar tal punto de vista. Siempre, desde Roma, la falta de posesión de los bienes, generalmente unida a la posesión de un tercero, ha producido cumpliéndose otros requisitos adicionales el traslado de la propiedad. Siempre se ha considerado que la propiedad no debe ser sino reflejo de las relaciones sociales mismas y, por ello, un propietario no diligente con su propiedad o bien la pierde en favor de otro que la gana por usucapión, o bien la pierde porque no la gana nadie pero se extingue por falta de uso, pasando al Estado.

La medida está estrechamente enlazada al concepto de propiedad mismo y a su vinculación con el bien común (o interés social en textos anteriores): la propiedad es el derecho de usar, disfrutar, disponer y reivindicar. Si no se ejercita ninguno de esos poderes por un largo tiempo, quiere decir que la propiedad de esa persona sobre ese bien no cumple la finalidad social para la que existe el derecho. Por tanto, el derecho de propiedad se extingue y pasa al Estado. Hay que notar que ello ocurre luego de veinte años de ausencia total de posesión en manos del propietario. Parece un límite razonable para que, volviendo ese bien al Estado, *pueda ser dispuesto por él para un mejor uso.*

Por consiguiente, nosotros pensamos que el abandono no está prohibido en la Constitución y que, además, tiene abolengo institucional. Por estas dos razones, estimamos que la norma general de abandono del Código Civil que ya hemos transcrito, es perfectamente válida y debe ser cumplida. Desde luego, si la Constitución aspirara a tener mayor calidad técnica que aquella con la que cuenta, sería recomendable que se reformara este artículo y se incorporara el abandono de manera inequívoca en su texto.

Respecto a la expropiación, sólo procede en los casos de seguridad nacional o necesidad pública. El ámbito de la seguridad nacional no es susceptible de discusión. Desde luego, lo que si es necesario, es que el establecimiento de que se trata efectivamente de un caso de seguridad nacional, tiene que ser expresamente declarado por la ley.

En el caso de la necesidad pública, tenemos un obstáculo jurídico serio: tradicionalmente la *necesidad pública* ha sido entendida como imposible de probar. En efecto, si yo voy a hacer una carretera y tengo que dividir en dos el fundo de una persona para que la pista pase por el medio, yo puedo demostrar la *conveniencia* de ese trazo. Pero jamás podré demostrar que hay una *necesidad* de que sea así.

Por consiguiente, será muy difícil recurrir a la expropiación con este tipo de normatividad. Indiscutiblemente, es lo que pretendió la mayoría del Congreso Constituyente Democrático, según fue oportunamente declarado por sus voceros.

La expropiación y la consideración de los requisitos de seguridad nacional o necesidad pública, deberán ser establecidos por ley según el propio texto constitucional. No puede expropiarse por norma de rango menor.

Sobre la compensación a la expropiación dice el artículo:

- Debe ser pagada en efectivo, es decir, en dinero. No puede expropiarse pagando en bonos de redención futura (como ocurrió en la Reforma Agraria).
- La indemnización debe ser justipreciada, es decir, que debe ser determinada luego de evaluar el daño real que se produce con la expropiación. Esta indemnización no sólo consiste en el pago del valor de la casa, sino que requerirá una cantidad adicional para compensar el hecho de que la persona tenga que mudarse porque el Estado la expropió, que compense los días de trabajo que deja de asistir por la mudanza, etc. Son los elementos en los que hay que pensar cuando nos encontramos con la compensación por el perjuicio. Las reglas generales que regulan estas indemnizaciones por daños y perjuicios corren en el Código Civil, del artículo 1969 en adelante.

Una última anotación en relación al tema de expropiación es que la Constitución concede un derecho que no existió antes en las leyes: el derecho de contestar (es decir, contradecir) el valor de la propiedad que el Estado señale en la expropiación. En efecto, puede ser que al expropiarme, para pagarme menos, me rebajen la tasación del inmueble. Con

las leyes anteriores no había derecho de reclamo por este precio. Ahora sí se establece la obligación de tramitar la acción que interponga el propietario al que le están por expropiar su inmueble.

La ley de expropiación vigente en el Perú es el Decreto Legislativo 313 del 12 de noviembre de 1984. Sus normas deberán ser adecuadas en los asuntos de fondo a lo que establece la Constitución. Mantienen valor sus disposiciones de procedimiento. Sin embargo, sería correcto dictar una nueva ley en función de las recientes normas constitucionales, para evitar confusiones en materia interpretativa por el diferente contenido que actualmente tienen los dos cuerpos legales.

Finalmente, debemos hacer notar que la propiedad no está tratada solamente en el artículo 70 de la Constitución. Otras normas importantes de la Carta con las cuales debe establecerse concordancia son:

- El derecho a la propiedad y a la herencia, establecido en el inciso 16 del artículo 2.
- El derecho a la propiedad sobre las creaciones intelectuales, artísticas, técnicas y científicas, establecido en el inciso 8 del artículo 2.
- La propiedad de las instituciones educativas considerada en el artículo 15.
- La propiedad de los bienes que constituyen el patrimonio cultural de la Nación, considerada en el artículo 21.
- Las diversas formas de propiedad que supone el pluralismo económico establecido en el artículo 60.
- La propiedad de las tierras agropecuarias, regulada en el artículo 88.
- La propiedad de las tierras de las comunidades campesinas y nativas, regulada en el artículo 89.
- La propiedad exclusiva de las armas de guerra por el Estado y la confiscación de las que se hallen en poder de particulares, según el artículo 175.

118. Artículo 71

«Artículo 71.- En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma

condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1839 estableció la siguiente norma:

«Constitución de 1839, artículo 168.- Ningún extranjero podrá adquirir por ningún título propiedad territorial en la República, sin quedar por este hecho sujeto a las obligaciones de ciudadano, cuyos derechos gozará al mismo tiempo».

La Constitución de 1856 invirtió la expresión de la siguiente forma:

«Constitución de 1856, artículo 26.- Todo extranjero podrá adquirir conforme a las leyes, propiedad territorial en la República, quedando, en todo lo concerniente a dicha propiedad, sujeto a las obligaciones y en el goce de los derechos de Peruano».

Lo sustancial de este texto fue repetido en el artículo 28 de la Constitución de 1860 y en el artículo 26 de la Constitución de 1867.

El tema fue modernizado por la Constitución de 1920, la que estableció respecto a ello:

«Constitución de 1920, artículo 39.- Los extranjeros, en cuanto a la propiedad, se hallan en la misma condición que los peruanos, sin que en

ningún caso puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas. En una extensión de cincuenta kilómetros distante de las fronteras, los extranjeros no podrán adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas y combustibles, directa o indirectamente, ya sea individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, salvo el caso de necesidad nacional declarada por ley especial».

Lo sustancial de este artículo fue repetido en los numerales 32 y 36 de la Constitución de 1933.

Antecedentes en la Constitución de 1979.

La norma de la Constitución de 1979 antecedente de este artículo es la siguiente:

"*Artículo 126.- La propiedad se rige exclusivamente por las leyes de la República.*

En cuanto a la propiedad, los extranjeros, personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que en caso alguno, puedan invocar al respecto situaciones de excepción ni protección diplomática.

Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa".

Las normas de ambas Constituciones son idénticas en el fondo y en la forma, salvo la parte final: en la Constitución de 1979 la excepción es de necesidad nacional declarada por ley expresa. En la Constitución de 1991 es de necesidad pública declarada por Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros.

Análisis exegético

La primera parte del artículo establece el mismo tratamiento para peruanos y extranjeros en materia de propiedad dentro del Perú. Esta norma no hace sino ratificar el trato de igualdad ya establecido para las empresas públicas y no públicas en el artículo 60, y para las inversiones nacionales y extranjeras en el artículo 63. En realidad, con este artículo se completa el círculo de seguridad a la inversión extranjera en territorio nacional.

Añade el primer párrafo que los extranjeros no podrán invocar en caso alguno excepción ni protección diplomática. La primera es la situación de inmunidad que tienen los representantes formalmente nombrados por potencias extranjeras ante el Estado peruano. Cumplen tareas como funcionarios extranjeros y no pueden ser detenidos ni acusados en territorio peruano. Cuando cometan una falta que lo ameritara, se realizarán los trámites formales y las declaraciones conducentes a que dicha persona abandone el territorio nacional. Todo ello tiene procedimientos diplomáticos preestablecidos. La inversión extranjera no tiene derechos de este tipo porque viene en ejercicio de negocios, no de representación oficial de otro Estado.

La protección diplomática consiste en que los representantes del Estado al que pertenecen los propietarios de la inversión, puedan reclamar oficial y públicamente ante el Estado peruano por los derechos del inversionista. Esto lo pondría en situación de privilegio frente a los inversionistas (y por tanto propietarios) peruanos que no tendrían las mismas formas de gestión. No sólo se estaría dando un trato igual, sino uno privilegiado a los extranjeros, lo que sería totalmente impropio.

Por ende, los conflictos que tenga el inversionista o el propietario extranjero en el Perú, se resolverán de acuerdo a las normas de jurisdicción que se hallen establecidas bien en las leyes, bien en los actos jurídicos que se haya realizado válidamente cuando sea el caso.

La Constitución de 1979, y con distinta redacción pero igual sentido normativo las anteriores, establecieron que la propiedad se regía por las leyes de la República, entendiéndose por tal disposición, que regía a los bienes existentes dentro del territorio nacional, particularmente los

bienes raíces. Esto ocurre en todos los países, aunque sólo sea porque el Estado tiene un dominio eminente sobre su territorio, dentro del cual no puede suceder que determinadas propiedades sean regidas por leyes del extranjero, bien por voluntad del Estado, bien porque así lo pacten los interesados.

Se desconoce la razón por la que este dispositivo fue retirado del texto Constitucional, pero debe entenderse que se halla implícito en este artículo, desde que fija las normas sobre el derecho de propiedad dentro del territorio nacional sin admitir la intervención de otras leyes. En este mismo sentido de pronuncia el artículo 2088 del Código Civil al establecer:

"Código Civil, artículo 2088.- La constitución, contenido y extinción de los derechos reales sobre bienes corporales se rigen por la ley de su situación, al momento de constituirse el derecho real".

Para el caso de los bienes muebles, la ley aplicable dependerá de la ubicación y el tránsito de dichos bienes. Las normas se hallan en los artículos 2089 y 2091 del Código Civil.

Sin embargo, por la trascendencia del tema, hubiera sido deseable que la norma que comentamos se mantenga en el nivel constitucional. Eso da mayor seguridad jurídica y garantiza la soberanía del Estado sobre su territorio. En otras palabras sería conveniente incluir en la Constitución una norma que diga: "Los bienes raíces situados dentro del territorio nacional están sometidos a la jurisdicción peruana y se rigen por las leyes de la República". Esto garantiza que ni la ley ni los jueces extranjeros puedan pretender regir o resolver sobre estas materias.

En el segundo párrafo, el artículo 71 establece las siguientes reglas:

- Limita el acceso de los extranjeros a los recursos naturales indicados dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras.
- Establece que los derechos que sean adquiridos contraviniendo esta norma serán perdidos en beneficio del Estado. Se entiende que al no tener derecho y haber hecho inversiones, también perderán las que hubieren hecho. Es decir, que el Estado no resarcirá por los recursos invertidos.

- Se puede exceptuar de esta prohibición en caso de necesidad pública declarada por el Poder Ejecutivo según las disposiciones contenidas en el inciso 8 del artículo 118 y en el inciso 2 del artículo 125 de la Constitución.

De hecho, esta excepción ya se había establecido antes de la vigencia de la presente Constitución, en el Decreto Legislativo 757 del 08 de Noviembre de 1991 que estableció lo siguiente, refiriéndose a la Constitución de 1979:

«Decreto Legislativo 757, artículo 13.- De conformidad con lo prescrito en el último párrafo del artículo 126 de la Constitución Política, declárase de necesidad nacional la inversión privada, nacional y extranjera, en actividades productivas realizadas o por realizarse en las zonas de frontera del país. En consecuencia, las personas naturales y jurídicas extranjeras podrán adquirir concesiones y derechos sobre minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, fuentes de energía y otros recursos que sean necesarios para el desarrollo de sus actividades productivas dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras del país, previa autorización otorgada mediante resolución suprema refrendada por el Ministro que ejerza la Presidencia del Consejo de Ministros y el Ministro del sector correspondiente. Dicha resolución suprema podrá establecer las condiciones a las cuales se sujeta la adquisición o explotación.

Las autoridades sectoriales competentes otorgarán las concesiones y otras formas de autorización para la explotación de recursos naturales ubicados dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras del país en favor de las personas naturales o jurídicas extranjeras que lo soliciten, previo cumplimiento de las disposiciones legales aplicables y luego de verificar que se haya expedido la resolución suprema a la que se refiere el párrafo anterior».

Esto denota que la política del gobierno establecido en el Perú en los años noventa, consiste en estimular la inversión extranjera aún en la franja de frontera. Como es obvio, toda esta materia está vinculada al segundo párrafo del artículo 44, que establece el deber de tener una política de fronteras y promover la cohesión de las zonas fronterizas en concordancia con la política exterior.

La limitación de ejercicio de derechos económicos por los extranjeros en las zonas de frontera tuvo que ver con la impresión (y en muchos casos históricos la lamentable constatación) de que los intereses de dichos inversionistas podían significar convocar a los países limítrofes a crear conflictos bélicos para, así, amenazar al gobierno nacional y lograr mejores condiciones. Los historiadores están de acuerdo en considerar que fueron los intereses europeos radicados en la zona sur del Perú los que contribuyeron de manera significativa a la Guerra del Pacífico y la pérdida de importante cantidad de territorio que tuvo el Perú en aquel conflicto.

No hay demasiadas razones para pensar que las cosas puedan ser distintas en la actualidad. De hecho, durante 1996, desafortunadas declaraciones periodísticas de algún alto jefe del Ejército Chileno, sugirieron que su país debía armarse para poder defender las inversiones de su país en los países vecinos. Si bien esta fue una expresión aislada que no comprometió la amistad y solidaridad entre Perú y Chile de los tiempos actuales, sí prende una luz de aviso sobre concepciones institucionales en las fuerzas armadas de otros países, que puedan esconder intereses de parte, frente a los cuales la inversión extranjera en zonas de frontera pueda ser un obstáculo a la seguridad nacional. Son asuntos sobre los que no se puede sino decir que la prudencia y el paso firme son la mejor garantía para los intereses nacionales.

Cabe concluir diciendo que el artículo 71 habla tanto de propiedad como de posesión de bienes y derechos y que eso incluye todas las posibles formas de adquisición de derechos de los extranjeros, desde que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad (artículo 896 del Código Civil). La limitación alcanza, por tanto a todos los derechos pues la propiedad y la posesión incluyen todo el universo posible en esta materia.

119. Artículo 72

> ***«Artículo 72.- La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.»***

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Los antecedentes de este artículo que comentamos se hallan a partir de la Constitución de 1920:

«Constitución de 1920, artículo 40.- La ley, por razones de interés nacional, puede establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, ya sea por la naturaleza de ellas o por su condición o situación en el territorio».

«Constitución de 1920, artículo 45.- La Nación reconoce la libertad de comercio e industria sometida a los requisitos y a las garantías que para su ejercicio prescriban las leyes. Estas podrán establecer o autorizar al Gobierno para que fije limitaciones y reservas en el ejercicio de las industrias, cuando así lo imponga la seguridad o necesidad pública, sin que en ningún caso esas restricciones tengan carácter personal ni de confiscación».

«Constitución de 1920, artículo 57.- En circunstancias extraordinarias de necesidad social se podrá dictar leyes o autorizar al Ejecutivo para que adopte providencias tendientes a abaratar los artículos de consumo para la subsistencia, sin que en ningún caso se pueda ordenar la apropiación de bienes sin la debida indemnización».

Los artículos 35, 40 y 49 de la Constitución de 1933 repiten estos tres textos con leves modificaciones que no afectan la sustancia de lo regimentado.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma que en la Constitución de 1979 era antecedente de ésta que comentamos es la siguiente:

"*Artículo 127.- La ley puede, por razón de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por su naturaleza, condición o ubicación*".

La Constitución de 1979, con el principio de intervención del Esta-

do y de regulación de la actividad económica, autorizaba a establecer restricciones y prohibiciones para la adquisición, posesión y transferencia de bienes por su naturaleza, condición o ubicación. La norma estaba orientada a tomar la decisión por la naturaleza de los bienes y por el interés nacional.

La Constitución de 1993 permite hacerlo sólo por razón de seguridad nacional y temporalmente. Se apega así a un principio de libre mercado y de regulación del Estado, no de intervención. Lo decisivo es la seguridad nacional y no la naturaleza de los bienes involucrados.

Análisis exegético

Cuando se trata del régimen constitucional que debe regir la vida de la sociedad, hay que distinguir dos clases de situaciones completamente diferentes entre sí: unas discurren en un clima de normalidad, sin graves alteraciones de la realidad política, social o económica. En ellas debe regir plenamente el sistema previsto por las reglas generales de la Constitución.

Sin embargo, existen ciertas otras situaciones que tienen notable anormalidad, al punto, que ciertas variables de la vida de la comunidad, se ven gravemente alteradas y requieren de correctivos inmediatos y enérgicos, a veces, restringiendo ciertos derechos de la normalidad constitucional. Son las *emergencias constitucionales* y tienen diversas formas. Unas son eminentemente políticas y dan lugar al régimen de excepción establecido en el artículo 137, por el cual se permite que la autoridad pueda actuar contra derechos constitucionales provistas ciertas circunstancias que no es del caso tratar aquí. Otras, son emergencias de naturaleza económica y que pueden dar lugar a dos tipos de medidas:

- El primer tipo es la dación de decretos de urgencia con fuerza de ley en materia económica y financiera, conteniendo medidas extraordinarias. Esto no es sino el ejercicio de la *dictadura constitucional*, término que pretende designar una situación en la que el Poder Ejecutivo concentra más poderes que los que tiene dentro del orden constitucional normal.

- El otro tipo de medidas consiste en que la ley pueda, por razones

de seguridad, nacional, establecer restricciones y prohibiciones específicas en la producción y el mercado de bienes y servicios, que tendrán que ser necesariamente medidas de carácter temporal. Es lo que manda, precisamente este artículo 72.

Hay que tener en cuenta que los dos párrafos anteriores contienen supuestos distintos: el primero se refiere a amenazas de carácter económico y financiero. El segundo se refiere a amenazas sobre la seguridad nacional. De lo cual queda muy claro que las medidas excepcionales a las que se refiere el artículo 72, no podrán ser dictadas mediante decretos de urgencia. Sí podrán, en cambio, ser delegadas para su emisión mediante Decreto Legislativo, pues no consta prohibición expresa en la concordancia entre los artículos 101 y 104 de la Constitución.

La Constitución establece un requisito que es clásico en toda forma de dictadura: la temporalidad. La ley o Decreto Legislativo que se emita en virtud del artículo 72 deberá contener dentro de sí mismo el plazo de duración que tendrá. En caso contrario, será inconstitucional. Desde luego, nada impide que sea prorrogado si las condiciones que dieron lugar a su promulgación aún no han cesado. Sin embargo, se necesitará otra norma de igual rango para dicha prórroga.

El artículo 72 autoriza a introducir restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes. Esto quiere decir, que restringe bien la libre competencia, bien la libre iniciativa privada, bien la libertad de empresa, comercio e industria, a todas las cuales nos hemos referido ya al comentar los artículos 58, 59 y 61.

La causal tiene que ser exclusivamente un problema referido a seguridad nacional, que tendrá que ser debidamente calificado en la norma que contenga las reglas especiales. Para ello, será correcto que exista previamente una ley que clasifique aquellas circunstancias que pueden ser consideradas para dictar las medidas extraordinarias. Lo contrario es dejar demasiada arbitrariedad en manos del Congreso. A veces puede ser mal usada y, adicionalmente, puede devenir en una considerable fuente de corrupción.

Buena parte de estas circunstancias ocurren dentro de los supuestos

que prevé la movilización nacional, tema que tratamos con detalle al comentar el artículo 164. Sin embargo, no se agota en ella y podrían bien existir otros supuestos por los que se pudiera utilizar el artículo 72 sin referencia a la movilización nacional.

Finalmente, es preciso diferenciar los casos en los que se aplicaría el artículo 72, por definición temporales, de las prohibiciones estructurales y permanentes, como por ejemplo, la de comercializar y tener libremente nitrato de amonio, que fue establecida en 1992, luego que se supiera que era un abono utilizado por el terrorismo para la fabricación de la carga de los coches-bomba.

Casos importantes de seguridad nacional en los que puede ocurrir la aplicación del artículo 72 son los siguientes:

- Problemas de conflictos armados.
- Fenómenos de contaminación como, por ejemplo, la nube radiactiva que emergió de Rusia (Chernobil) al fracturarse el depósito radiactivo de una planta nuclear.
- Plagas y epidemias en general. Tal fue, por ejemplo, el rebrote del cólera en el Perú a principios de los años noventa.
- Amenaza de grandes fenómenos naturales que alteren la seguridad de las personas: efectos de la corriente del Niño; terremotos; inundaciones. En otros países, vientos huracanados.
- Amenazas de carácter especulativo, tanto al interior como desde el exterior, que amenacen con hundir el valor de la moneda nacional y con ello, agravien la seguridad económica del país. Este es un punto de contacto entre el artículo 72 y el 118 inciso 20. En estos casos, consideramos, se puede establecer modalidades intermedias de control de cambios, como hemos sostenido al desarrollar el comentario del artículo 64.

La lista podría continuar pero estas hipótesis ya dan una idea suficiente de que en todos los casos está amenazada la seguridad de la Nación. Hay que notar que sólo el primero de los cuatro tiene connotaciones bélicas. Y es que la seguridad nacional puede ser afectada por fenómenos que pertenecen al mundo de la guerra, pero también por otros muchos problemas que nada tienen que ver con ella.

No hay que olvidar que este dispositivo establece prohibiciones y restricciones de derechos. En consecuencia, es una de aquellas normas que cabe bajo el principio de que "La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía", es decir, se interpreta y aplica estrictamente. Si bien este dispositivo está ubicado en el rango inferior a la Constitución (Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil), constituye un reconocido principio del Derecho que tiene función hermenéutica a todo nivel y, por consiguiente, también frente a la disposición constitucional que estamos tratando.

La interpretación estricta quiere decir aquí dos cosas:

- Que recurrir a ella debe ser una excepción cuando no se vislumbra método alternativo. Mientras ello no ocurra, el Gobierno no debe utilizar el artículo 72 por los agravios que puede producir a la vida económica y a las personas.
- Que aún cuando se hayan dictado medidas de carácter extraordinario, deben aplicarse restrictiva y no extensivamente y, siempre, en conexión con la causa que las motiva. En otras palabras, en nuestro criterio cabe hacer frente a ellas el control de razonabilidad y proporcionalidad de que habla el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En realidad, dicha norma es aplicable tanto a la restricción de derechos que provenga del artículo 137, como del 72. Como vimos en la parte anterior del comentario de este artículo, ambos dispositivos no son sino especies distintas del mismo género: la dictadura constitucional.

Desde el punto de vista jurídico cabe preguntarse una cosa más frente a este caso: en la medida que siempre habrá perjuicios de todo tipo, incluidos los de naturaleza patrimonial, al establecerse estas medidas extraordinarias: ¿estará obligado el Estado a indemnizar?

Estimamos que no, debido a que es una atribución constitucional y de salvación de una situación que, de otra manera, afectaría a la seguridad nacional. En estas circunstancias, el *acto de príncipe* se funda en un hecho fortuito y a su vez de fuerza mayor, por lo que no estimamos que pueda haber responsabilidad. La situación es estructuralmente la misma que aquella otra en la que un espacio de la actividad económica que no tenía leyes previas, es de pronto sometido a regulación por conveniencia

común y, a raíz de dicha regulación, se causa daño a algunos agentes económicos. Estos aspectos forman parte de la tarea de gobernar y, cuando se la ejerce, no se agravia a nadie y tampoco se le debe por tanto resarcir.

Será indispensable, sin embargo, que el gobierno que recurra al artículo 72 se fije especialmente en el principio contenido en el artículo 103, que dice: "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas". Si este principio se violentara, la ley o Decreto Legislativo que emergiera podría ser considerado inconstitucional al incumplir el artículo 103, aún cuando fuera impecable desde el punto de vista del artículo 72.

120. Artículo 73

«Artículo 73.- Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1856 se ocupó de los bienes estatales de la siguiente manera (que fue recogida por el artículo 7 de la Constitución de 1860 y por el 6 de la Constitución de 1867):

«Constitución de 1856, artículo 7.- Los bienes de propiedad nacional solo podrán enajenarse para los objetos y en los casos y forma que exprese la ley».

En la Constitución de 1920 encontramos una norma referida a los bienes públicos dentro del artículo 38, y otra referida a los bienes de propiedad pública y de comunidades de indígenas (hoy campesinas y nativas) en su artículo 41:

«Constitución de 1920, artículo 38.- [...] No pueden ser materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso es de todos, como los ríos y caminos públicos [...]".

«Constitución de 1920, artículo 41.- Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley».

La Constitución de 1933 recogió en su artículo 33 la parte que hemos transcrito del artículo 38 de la Constitución de 1920.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma de la Constitución de 1979 que antecede en su texto al artículo que ahora comentamos es la siguiente:

"*Artículo 128.- Los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no son objeto de derechos privados*".

Las normas son distintas en lo que se refiere a los bienes de uso público (a los que se refieren de dos maneras distintas pero con igual contenido): la Constitución de 1979 prohibía el establecimiento de derechos privados sobre ellos. La de 1993 permite que puedan ser concedidos a particulares para su aprovechamiento económico conforme a ley. El cambio corresponde al espíritu liberal y de mercado que inspira al constituyente de 1993. Probablemente esta norma se utilizará para establecer concesiones que permitan a los inversionistas en bienes de uso público recuperar su inversión.

La Constitución de 1979 no se ocupaba de los bienes de dominio público. La de 1993 indica que son inalienables e imprescriptibles.

Análisis exegético

La Constitución hace, en este artículo, una distinción entre los bienes de dominio público y los de uso público.

Los bienes de dominio público son aquellos que han sido reservados al dominio del Estado como ente colectivo que ejerce el poder político, y que no son susceptibles de ser transferidos a personas particulares por ningún derecho. Es, por ejemplo, el caso de las grandes reservas naturales establecidas formalmente como tales.

No todos los bienes sobre los que el Estado ejerce el dominio son bienes de dominio público en el sentido que hemos dicho antes. Otros son denominados de *dominio eminente* que corresponde a bienes sobre los que no se estableció aún derecho privado alguno y, por consiguiente, están en manos del Estado porque pertenecen a su territorio. Sin embargo, sobre ellos se podrá sí establecer derechos privados e, inclusive, podrán ser dados en propiedad particular siguiendo determinados procedimientos. Por ejemplo, los terrenos eriazos pueden ser denunciados por particulares. Si el Estado hace una gran irrigación, probablemente venderá en propiedad particular, las parcelas de lo que antes fue bien de su dominio eminente. Estos, como es obvio, no son bienes de dominio público.

De los bienes de dominio público dice la Constitución que son *inalienables* lo que quiere decir que no pueden ser transferidos a particulares bajo ninguna forma de derecho. Los bienes de dominio público son y quedarán en el dominio del Estado.

También se dice de ellos que son imprescriptibles. Aquí la Constitución se refiere a la prescripción adquisitiva de dominio o *usucapion*, que consiste en la adquisición del derecho de propiedad por un particular que posee el bien como propietario, con el transcurso de un tiempo determinado, que varía según tenga o no justo título y buena fe. Las reglas de la *usucapion* se hallan en los artículos 950 a 953 del Código Civil. Lo que quiere decir con *imprescriptibilidad* es que, a pesar que un particular cumpla los requisitos de la prescripción adquisitiva, ese bien no es susceptible de transferirse a su propiedad.

En resumen, los bienes de dominio público son del Estado y no pueden salir, jurídicamente, de su dominio.

Los bienes de uso público son una especie de los bienes de dominio público: son aquellos destinados a que los use cualquier persona dentro del territorio porque esa es su finalidad. Por ejemplo: las calles, las veredas, las carreteras, los parques, los cursos de agua por los que se puede transitar, etc. Son bienes de dominio público porque sólo pueden pertenecer al Estado, pero sí, en cambio, se pueden establecer derechos de aprovechamiento económico sobre ellos, en cabeza de personas de Derecho privado. La finalidad de esta entrega en explotación a personas

de Derecho privado es lograr que ellas hagan una inversión que mejore el uso del bien, a cambio de recibir el rédito que la explotación del mismo pueda darles. Por ejemplo, el Estado podrá conceder a un particular el peaje de un determinado tramo de carretera, con la condición de que la mantenga en buen estado. También podrá concederle por cierto número de años la explotación de una playa de estacionamiento que el particular construya a su costo en un espacio de uso público. Y así sucesivamente.

Las normas de rango de ley que el Perú tiene sobre esta materia están contenidas en un Texto Unico Ordenado, aprobado por el Decreto Supremo 059-96-PCM del 26 de diciembre de 1996. En él se dice:

«Decreto Supremo 059-96-PCM, artículo 1.- Declárase de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos».

Esta declaración de interés nacional es el paso jurídico necesario para iniciar los trámites de apertura de bienes públicos a la concesión al sector privado. Permite que el proceso no sea excepcional sino generalizado.

La modalidad de conceder derechos a particulares sobre bienes de uso público no existió en el Perú con anterioridad. Ha sido establecida por la Constitución de 1993, siguiendo una corriente mundial que reclama menor gasto público en infraestructura y mayor concesión de derechos a particulares sobre ella. En el fondo, todo ello no consiste sino en una operación de trasladar el costo de la inversión en bienes de uso público a los particulares: el Estado invertía y no cobraba; los particulares invierten y se resarcen con las tasas que cobran por su concesión. El que paga, de muy poco en muy poco, acaba siendo el particular que se sirve de los bienes de uso público. Muchos especialistas sostienen que es la mejor forma de garantizar que los bienes de uso público permanezcan en buen estado de conservación.

Dice el artículo que los bienes de uso público serán *concedidos*, con lo que se está hablando de la *concesión*, que en esencia es un acto administrativo del Estado, consistente en entregar un número determinado de derechos a un particular, por un tiempo determinado, normalmente vinculados a la explotación de algún bien o riqueza natural. Como resul-

tado del acto administrativo, el Estado y el concesionario firman un contrato que, en adelante, regirá los derechos y obligaciones de ambos.

Las reglas generales serán fijadas unilateralmente por el Estado en el acto administrativo de otorgamiento de concesión. Las de detalle serán establecidas en el contrato que ambas partes firmen. Ese contrato, de Derecho público, deberá ser cumplido según las reglas correspondientes.

El Texto Unico Ordenado contenido en el Decreto Supremo 059-96-PCM trata de este tema:

«Decreto Supremo 059-96-PCM, artículo 2.- La modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión.

Las concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y otros que se requieran para la utilización de recursos naturales, la ejecución de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos se rigen por lo establecido en las leyes sectoriales correspondientes».

El artículo consagra la concesión como el sistema de otorgamiento de estas inversiones al sector privado. El segundo párrafo está destinado a vincular los derechos que se requiera afectar a la concesión, a las leyes ya establecidas por cada sector: energía, minería, industria, etc. La idea es que el sector privado trabaje en estas inversiones sujeto a las reglas existentes según cada sector de actividad.

«Decreto Supremo 059-96-PCM, artículo 3.- Las normas contenidas en el presente Texto Unico Ordenado promueven la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos, y regulan su explotación, para cuyo efecto se podrá otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. La concesión de la obra implica la explotación del servicio».

El dispositivo establece dos garantías:

- La primera, la igualdad de oportunidades entre inversión nacional o extranjera, ya vista a propósito de otros artículos de la Constitución, particularmente el artículo 63.

- La segunda, la relación entre la concesión de la obra o el servicio y su explotación, normalmente para resarcir la inversión y dar una ganancia sobre ella.

El Decreto Supremo 060-96-PCM del 27 de diciembre de 1996, que contiene el reglamento del texto único ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios básicos, precisa el concepto de concesión:

"Decreto Supremo 060-96-PCM, artículo 3.- Entiéndase por Concesión al acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI, por un plazo establecido.

Entiéndase por ejecución de la obra su construcción, reparación y/o ampliación.

La explotación de la obra o la prestación del servicio comprende:

a) La prestación del servicio básico y los servicios complementarios para los que fue entregada la concesión, de acuerdo a las condiciones de calidad establecidas en el Contrato;
b) El mantenimiento de la obra; y,
c) El pago de tarifas, precios, peajes u otros pagos pactados en el contrato de concesión que realizarán lo usuarios como retribución por los servicios básicos y complementarios recibidos».

Al propio tiempo, diferencia el acto administrativo de concesión del contrato respectivo. De este último dice:

«Decreto Supremo 060-96-PCM, artículo 25.- Por el Contrato de Concesión se otorga al concesionario la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios públicos por un plazo establecido».

«Decreto Supremo 060-96-PCM, artículo 26.- El Contrato de Con-

cesión contemplará, como mínimo, los derechos, obligaciones, plazos, garantías y demás condiciones pertinentes al tipo de concesión de que se trate».

«Decreto Supremo 060-96-PCM, artículo 27.- El plazo de vigencia de la concesión se contará a partir de la fecha de suscripción del contrato de concesión».

A su turno, el Texto Unico Ordenado especifica los derechos y calidades que da la concesión al concesionario. Dice su artículo 13:

"Decreto Supremo 059-96-PCM, artículo 13.- La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado».

Recordemos que, según el artículo 66 de la Constitución, la concesión de recursos naturales otorga un derecho real. Aquí se establece lo contrario: no lo otorga. Es el contrato el que permite que el concesionario pueda ejercitar sus derechos frente a terceros. El artículo lo autoriza a explotar el objeto de la concesión por sí o a través de terceros. Esto quiere decir que si se le otorga un peaje, por ejemplo, podrá contratar a una tercera empresa que haga el servicio para él. Sin embargo, la parte final del artículo le deja la entera responsabilidad del manejo de la concesión frente al Estado que es su contraparte y el que le ha dado tal derecho de concesión.

Finalmente, las últimas normas que consideramos pertinentes para este comentario del Texto Unico Concordado, son los artículos 14 y 16 que dicen:

«Decreto Supremo 059-96-PCM, artículo 14.- La concesión podrá otorgarse bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

a) A título oneroso, imponiendo al concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado.

b) A título gratuito;

c) Cofinanciada por el Estado, con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no; o,

d) Mixta, cuando concurran más de una de las modalidades antes señaladas».

La primera fórmula consiste en una coparticipación del Estado en los beneficios de la concesión, recibiendo una parte de los beneficios. Normalmente se utilizará cuando la inversión para obtener la renta se le pide al concesionario.

La segunda alternativa supondrá, normalmente, que el concesionario hace una inversión en obras de infraestructura y servicios y, luego, se la resarce y obtiene la utilidad respectiva a partir de los réditos que da la explotación de la concesión.

La tercera posibilidad ocurrirá cuando hay una coinversión entre el Estado y el particular, de manera que éste pone una parte de los recursos iniciales necesarios y se resarce con los réditos de la explotación de la concesión.

La última forma puede ser, como dice el texto, la combinación de todas o algunas de las anteriores.

«Decreto Supremo 059-96-PCM, artículo 16.- Las concesiones se otorgarán por el plazo de vigencia que se indique en el Contrato de Concesión, el que en ningún caso excederá de sesenta años. La vigencia se contará a partir de la fecha de celebración del contrato respectivo».

La concesión de bienes de uso público deberá estar sujeta a plazo. Aquí se da uno máximo de sesenta años. Será regulado en el acto administrativo y el contrato correspondientes.

Las playas del litoral de la República han sido definidas por la Ley 26856 del 27 de Agosto de 1997 (y su modificatoria, la Ley 26879 del 26 de noviembre de 1997) como bienes de uso público, inalienables e imprescriptibles, y se ha establecido que el ingreso y uso de ellas es libre salvo las restricciones de ley.

Según el artículo 1 de la mencionada ley, la definición de playa es la siguiente: "Se entiende como playa el área donde la costa se presenta como plana descubierta con declive suave hacia el mar y formada de arena o piedra, canto rodado o arena entremezclada con fango más una franja no menor de 50 metros de ancho paralela a la línea de alta marea".

TITULO III

CAPITULO IV

REGIMEN TRIBUTARIO Y PRESUPUESTAL

121. TITULO III, CAPITULO IV: REGIMEN TRIBUTARIO Y PRESUPUESTAL

Las Constituciones peruanas establecen cada vez con mayor detalle las reglas propias de la tributación y del régimen presupuestal dentro de su texto. Ello corresponde a diversas necesidades normativas. En algunos casos ellas son de rancio abolengo constitucional como es el caso del principio de la reserva tributaria. En otros casos, se trata de urgencias más modernas y, así, se consagra en la Constitución ciertas normas de relación entre poderes del Estado y de procedimientos en materia de uso de los bienes y recursos del Fisco.

De todo ello, el tema que pertenece por antonomasia a las Constituciones, y aún a sus antecedentes más remotos, es el principio de que sólo por ley se establecen impuestos. El problema ya existió en las discusiones que se produjeron entre las asambleas estamentales inglesas y su rey en plena Edad Media. Hay que recordar que, para estos efectos, Inglaterra es cuna del constitucionalismo occidental. Luego de la victoria del Parlamento sobre Jacobo II, una de las normas aprobadas por la representación inglesa fue, precisamente, que no podría establecerse impuestos sin aprobación del Parlamento.

La reserva de la ley en materia tributaria ha sido uno de los pilares de la lucha liberal contra el *Antiguo Régimen* y la arbitrariedad. Es una de las reglas de oro del Estado de Derecho, de la democracia y de la seguridad jurídica. Desde luego, con el tiempo el problema tributario se ha

vuelto cada vez más complejo. De ser en el pasado simplemente un instrumento para obtener recursos con los cuales financiar el gasto público, ha evolucionado a ser, a la vez, un instrumento de política económica, de incentivación o desincentivación de actividades, y de regulación del ritmo de la economía. Además, y siguiendo la organización del Estado, el problema tributario abarca las dimensiones nacionales, regionales y locales en que el poder público se organiza. Por ello, la política tributaria contemporánea es muy compleja. Esto hace necesario establecer normas con matices que, antes, eran simplemente innecesarios. De ello es de lo que se ocupa, con extensión, el artículo 74 de la Constitución de 1993.

Además de la reserva de ley en materia tributaria, otros aspectos importantes de la vida económica del Estado han sido progresivamente incorporados en la parte constitucional relativa al Fisco. Los principales son los siguientes:

- La organización de los ingresos y egresos del Estado en el Presupuesto General de la República, que tiene ciertas reglas de estructuración y de elaboración.

  En la medida que el poder está en buena parte condicionado por la existencia o no de recursos económicos, y por las reglas según las cuales se dispone de ellos, la elaboración, aprobación, ejecución y fiscalización del presupuesto de la República no es sólo un asunto técnico y financiero, sino fundamentalmente de ejercicio de poder político. De allí que la Constitución decida abordar todos los diversos pasos que tienen que ver con esta materia, de manera que se sepa quién y con cuáles poderes puede actuar en cada momento:

  a. La iniciativa para formular el proyecto, que pertenece al Poder Ejecutivo.
  b. La forma en que lo revisa el Congreso y los límites que sus miembros tienen para introducir gastos.
  c. La forma en que habrán de asignarse los recursos y el necesario balance entre ingresos y egresos.
  d. La atribución de ciertos órganos del Estado, por su importancia, de sustentar por sí mismos y no a través del Poder Ejecutivo sus propios pliegos de egresos.
  e. La atribución del Congreso de aprobar el Presupuesto y las

medidas de emergencia necesarias para el caso en que dicha aprobación no se produzca.

f. La necesidad de discriminar entre las normas de ingresos, egresos y su manejo, de un lado, y las reglas de obtención de nuevos ingresos y de endeudamiento, de otro, para que la aprobación de todas estas disposiciones tenga racionalidad.

Todas las disposiciones referentes a estos problemas se hallan entre los artículos 77 y 80 de la Constitución de 1993.

- La norma de que la Contraloría General de la República es el órgano superior del Sistema Nacional de Control, autónomo, encargado de supervisar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control, entre otras disposiciones que le son referentes.

  Es muy importante que estas normas se hallen en la Constitución porque dan máximo rango a las atribuciones de la Contraloría que, de esta manera, no podrá ser obstaculizada en su labor por ningún otro órgano, incluidos los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que deben respetar las atribuciones constitucionalmente asignadas sin enfrentarse a ellas e, inclusive, sin poder modificarlas mediante las disposiciones o decisiones que elaboran. El rango constitucional de la Contraloría garantiza las condiciones necesarias para que su trabajo pueda ser llevado a cabo eficientemente.

  La Contraloría General de la República está regulada en el artículo 82 de la Constitución de 1993.

- Las reglas que establecen la legalidad de la deuda pública, de manera que se pueda tener parámetros de calificación de lo que sí y no pertenece a ella. Nuevamente, entran en consideración las dimensiones nacionales y locales de la organización del poder. Las reglas se hallan contenidas en el artículo 75 de la Constitución de 1993.

- Las normas que obligan a la realización de concurso de precios y licitación pública pasados ciertos montos en la realización de obras

y adquisición de suministros con fondos públicos. Esta norma de moralización es muy importante y se pone en la Constitución para que no pueda ser derogada por ley común. Desde luego, admite fijación de montos y establecimiento de excepciones por normas inferiores, pero ello es un fenómeno distinto que, siendo necesario, puede sin embargo ser mal utilizado en ciertas circunstancias. Las disposiciones se encuentran en el artículo 76 de la Constitución de 1993.

- El principio de que debe haber una cuenta general y una forma de aprobación de la misma, que reseña la manera en que se ha ejecutado el Presupuesto de la República. Las normas se hallan en el artículo 81 de la Constitución de 1993.

Las principales diferencias normativas entre la Constitución de 1993 y la de 1979 son las siguientes:

- En materia tributaria, que la Constitución de 1993 manda que las tasas se regulen por Decreto Supremo; que los decretos de urgencia no contendrán materia tributaria con lo que se impide que la dictadura constitucional pueda utilizarse para evadir el principio de reserva de la ley en este campo; que el Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados salvo que lo proponga el Ejecutivo; que las leyes que concedan beneficios o exoneraciones tributarias requieren informe previo del Ministro de Economía y Finanzas; y, que el tratamiento tributario especial para una determinada zona del país sólo puede ser aprobado por ley que cuente con el voto favorable de los dos tercios de los congresistas.
- Se ha eliminado la previsión que hacía la Constitución de 1979, en el sentido que los recursos naturales sean procesados predominantemente en el lugar de donde son extraídos.
- Se ha establecido que los préstamos del Banco Central de Reserva o del Banco de la Nación al Fisco, no se contabilicen como ingreso fiscal. La norma no existía en la Constitución de 1979.
- Se ha eliminado la norma del artículo 142 de la Constitución de 1979 que establecía que "La tributación, el gasto y el endeudamiento público guardan proporción con el producto bruto interno, de acuerdo a ley". Esta norma no fue elaborada muy técnicamente en la Constitución de 1979 porque el producto bruto interno no tie-

ne necesariamente que ver con los tres aspectos que se regularían por él. El Constituyente ha preferido establecer el principio del equilibrio de ingresos y egresos presupuestales y eliminar esta disposición. Consideramos que es una decisión adecuada.

- También se ha eliminado la referencia que al Sistema Nacional de Contabilidad, hacía el artículo 145 de la Constitución de 1979. En realidad este sistema no tiene porqué figurar en el texto constitucional.

122. Artículo 74

> *«Artículo 74.- Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.*
>
> *Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio.*
>
> *Los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación. Las leyes de presupuesto no pueden contener normas sobre materia tributaria.*
>
> *No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.»*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1823 estableció el principio de la igualdad en materia de tributos:

«Constitución de 1823, artículo 162.- Las contribuciones se repartirán bajo la regla de igualdad y proporción, sin ninguna excepción, ni privilegio».

La norma fue repetida en el artículo 146 de la Constitución de 1826 y en el 162 de la Constitución de 1839.

El principio de reserva de los asuntos tributarios para decisión del órgano legislativo (que actualmente conocemos con la denominación de reserva de ley en materia tributaria), aparece en la Constitución de 1828, texto que fue copiado en lo esencial dentro del artículo 22 de la Constitución de 1834 y del 34 de la Constitución de 1839:

«Constitución de 1828, artículo 21.- A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa en las contribuciones, negociado de empréstitos y arbitrios para extinguir la deuda publica; quedando al Senado la facultad de admitirlas, rehusarlas ú objetarlas».

Sin embargo, la Constitución de 1834 expresó de manera tajante a nuestro juicio el principio de reserva que comentamos:

«Constitución de 1834, artículo 168.- La facultad de imponer contribuciones directas ó indirectas corresponde exclusivamente al Congreso; y sin una ley expresa ninguna autoridad ni individuo de la República puede imponerlas bajo pretexto alguno».

La Constitución de 1839 añade dos normas importantes: una es de organización de la recaudación tributaria (artículo 144) y otra referida a la obligación de todo ciudadano de contribuir al sostenimiento de los gastos comunes de la sociedad (artículo 175):

«Constitución de 1839, artículo 144.- Habrá en cada capital de departamento y provincia dos síndicos procuradores, y en cada parroquia uno: las atribuciones de estos serán detalladas por una ley».

«Constitución de 1839, artículo 175.- La propiedad de los derechos políticos y civiles de los ciudadanos exige de la sociedad el deber de concurrir al sostén de esa protección por medio de las armas, y de las contribuciones, en razón de sus fuerzas y de sus bienes».

La Constitución de 1856 moderniza las reglas de reserva legal tributaria, estableciendo matices importantes:

«Constitución de 1856, artículo 8.- No puede imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, en servicio público y en proporción a los medios del contribuyente.

Las contribuciones directas no podrán imponerse sino por un año».

Los artículos 8 de la Constitución de 1860 y 7 de la Constitución de 1867 no traen innovaciones respecto de estos temas: recogen el principio de reserva legal, la proporcionalidad en relación a la capacidad contributiva y el carácter público del tributo.

La Constitución de 1920 modernizó aún más el tratamiento del tema tributario:

«Constitución de 1920, artículo 7.- No pueden crearse, modificarse ni suprimirse contribuciones sino en virtud de una ley y para el servicio público. Sólo la ley puede exonerar en todo o en parte del pago de los impuestos, pero nunca por razón de las personas».

«Constitución de 1920, artículo 8.- La contribución sobre la renta será progresiva».

El artículo 8 de la Constitución de 1933 no añade nuevas consideraciones al tema.

Antecedentes en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 contenía las siguientes normas como antecedentes de la que ahora comentamos:

"*Artículo 139.- Sólo por ley expresa se crean, modifican o suprimen tributos y se conceden exoneraciones y otros beneficios tributarios.*

La tributación se rige por los principios de legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación. No hay impuesto confiscatorio ni privilegio personal en materia tributaria.

Los gobiernos regionales pueden crear, modificar y suprimir tributos o exonerar de ellos con arreglo a las facultades que se les delegan por ley.

Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones, arbitrios y derechos o exonerar de ellos, conforme a ley".

"*Artículo 195.- La ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo, en cuanto el plazo, disposición contraria de la misma ley. Las leyes que se refieren a tributos de periodicidad anual rigen desde el primer día del siguiente año calendario*".

"*Artículo 199.- En la Ley de Presupuesto no pueden constar disposiciones ajenas a la materia presupuestaria ni a su aplicación. [...]*

Las leyes de carácter tributario que sean necesarias para procurar ingresos al Estado, deben votarse independientemente y antes de la Ley de Presupuesto [...]".

"*Artículo 211.- Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:*

[...]

22. Regular las tarifas arancelarias.

[...]".

Ambas Constituciones establecen las siguientes normas en común:

- Que los tributos se crean, modifican y exoneran por ley. La Constitución de 1993 añade que también puede ocurrir por decreto legislativo en caso de delegación de facultades. Es una especificación que ya era posible en el sistema legislativo establecido por la Constitución de 1979.
- Que los aranceles eran establecidos por el Poder Ejecutivo (esto último figuraba en el inciso 22 del artículo 211 de la Constitución de 1979).

- Que los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y exonerar de ellos dentro de su jurisdicción y con los límites que establezca la ley.
- Que las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación (en la Constitución de 1979 esta norma se hallaba en el artículo 195).
- Que la Ley de presupuesto no puede contener normas sobre materia tributaria. La redacción de la Constitución de 1993 es más precisa en este sentido, pero las normas ya existían en el artículo 199 de la Constitución de 1979.

El tratamiento de los llamados *principios* que debe observar el Estado en materia tributaria es bastante distinto. A continuación elaboramos un pequeño cuadro que resume las diferencias:

Constitución de1979	Constitución de 1993
legalidad	reserva de ley
uniformidad	igualdad
justicia	
publicidad	
obligatoriedad	
certeza	
economía de recaudación	
no impuesto confiscatorio	no confiscatorio
	respeto derechos fundamentales

La Constitución de 1993 añade las siguientes normas no existentes en la Constitución de 1979:

- Que las tasas se regulan mediante decreto supremo.
- Establece que los gobiernos locales pueden crear modificar y suprimir tasas o exonerar de ellas dentro de su jurisdicción y con los límites que señale la ley. El artículo 139 de la Constitución de 1979, permitía a estos gobiernos, crear, modificar y suprimir arbitrios y derechos o exonerar de ellos, en la materia específica que tratamos en este párrafo.

- Los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria.
- No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.

La Constitución de 1979 establecía normas sobre las atribuciones de los gobiernos regionales en materia de tributación que no han pasado a la Constitución de 1993 la que, como se sabe, trata el tema de regionalización en términos muy genéricos.

Análisis exegético

El artículo contiene una serie de disposiciones constitucionales sobre materia tributaria que, en apretada síntesis, tratan los siguientes temas:

- El principio de reserva de la ley de los tributos salvo:

  a. Los aranceles y tasas que se regulan por el Poder Ejecutivo.
  b. Las contribuciones y tasas que crean, modifican y suprimen los gobiernos locales. También pueden exonerar de ellas.

- Los principios tributarios que el Estado debe respetar al ejercer la potestad tributaria:

  a. Reserva de la ley.
  b. Igualdad.
  c. Respeto a los derechos fundamentales de la persona.
  d. No confiscatoriedad.

- La disposición de que los Decretos de urgencia y la Ley de Presupuesto no pueden contener materia tributaria.

- La norma de vigencia de las leyes tributarias de periodicidad anual.

- La invalidez de las normas tributarias dictadas contra las disposiciones de este artículo.

El tema de los tributos emerge de un deber fundamental que es la clave para entender todas las disposiciones que se dictan en torno a ellos:

las personas deben pagar impuestos al Estado y éste, consiguientemente, tiene la atribución de cobrarlos. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre contiene una norma al respecto:

"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».

A nadie puede escapar que hay intereses contradictorios en materia tributaria entre el contribuyente y el Estado: aquél querrá que los tributos sean los menos posibles, y éste que sean los más. Por consiguiente, determinar quien y cómo tiene la atribución de establecer los tributos dentro de la sociedad política es clave para las pretensiones. La discusión sobre este punto camina ya hacia sus primeros ochocientos años de vida:

> El décimo segundo compromiso que en junio del año mil doscientos quince hiciera el Rey Juan ante los barones normandos, consistió en que ninguna ayuda les sería requerida sin el consentimiento de los Pares del Reino. Aún cuando sólo beneficiaba a los nobles y a los terratenientes, y no siempre fue acatada por los Reyes, esta disposición de la Carta Magna inglesa sobrevivirá al feudalismo y, andando el tiempo, será una de las banderas que enarbolarán los movimientos que, a fines del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, cambiarán los mapas de Europa y América (183).

En efecto, una de las grandes reivindicaciones del Parlamento Británico en la Revolución Gloriosa de 1688 fue la de aprobar las leyes tributarias.

La Declaración francesa de 1789 contuvo también una norma curiosa al respecto:

"Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, artícu-

(183) LUZARDO BAPTISTA, Rodolfo. *El principio de la legalidad tributaria en el Derecho Constitucional latinoamericano.* En COMBELLAS, Ricardo (coordinador). *El Nuevo Decreto Constitucional Latinoamericano.* Caracas, COPRE y CIEDLA, 1996, Vol. II, p. 860.

lo 14.- Todos los ciudadanos tienen derecho a comprobar por sí mismos, o mediante sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente, de vigilar su empleo y de determinar la cuantía, la distribución, el cobro y la duración".

Aquí puede verse, como en los otros aspectos saltantes del documento, el principio del control popular de la política: los ciudadanos piden razón de la contribución pública y de su empleo. Además, por sí o por representantes, deben aprobarla. Este último, es el mismo principio que ratifican los ingleses un siglo antes.

La regla de reservar la aprobación de los tributos a la ley o, lo que es lo mismo, al órgano legislativo del Estado, tiene así explicación histórica en la defensa de los intereses del pueblo frente al monarca y, más tarde, frente a las necesidades del gobierno liberal. La versión que de ella tiene nuestro artículo 74 consiste en que "Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración exclusivamente por ley o decreto legislativo". Es la misma regla que líneas más abajo, en el segundo párrafo se denomina el principio de *reserva de la ley*. En este caso, la Constitución ha duplicado la institución en el mismo artículo.

Al propio tiempo se establecen excepciones a esta regla: aranceles y tasas serán determinados por el Poder Ejecutivo y los gobiernos locales tendrán la atribución de establecer normas tributarias según la primera parte del segundo párrafo de este artículo 74.

Hay aquí una compleja red de denominaciones de los diversos tributos. La norma II del Título Preliminar del Código Tributario aclara este panorama:

«Código Tributario, Título Preliminar, Norma II: ámbito de aplicación.

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.

b) Contribución: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.

c) Tasa: es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

No es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual.

Las Tasas, entre otras, pueden ser:

1. Arbitrios: son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público.

2. Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.

3. Licencias: son tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización.

El rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación.

Las aportaciones que administran el Instituto Peruano de Seguridad Social y la Oficina de Normalización Previsional se rigen por las normas privativas de estas instituciones y supletoriamente por las normas de este Código en cuanto les resulten aplicables».

Sobre el tema de la reserva de la Ley, dice Ochoa:

> La reserva de ley adquiere un valor fundamental en la determinación de la relación Ley-Reglamento. Así, asumimos una acepción cualificada, pero no absoluta, del principio de reserva de ley según la cual la Ley contendrá la regulación básica de la relación tributaria y se remitirá al reglamento cuestiones instrumentales o de detalle que no afecten la reserva de ley.

En esta acepción cualificada del principio de reserva de ley deben incluirse todos los elementos básicos de la relación tributaria. En ese sentido sólo por ley: se puede definir el hecho imponible, determinar al contribuyente y, en su caso, al responsable del pago del tributo, fijar la base imponible y la alícuota o el monto del tributo; establecer exoneraciones y reducciones; tipificar las infracciones y establecer las sanciones.

Todos estos elementos conforman el ámbito de la reserva de la ley puesto que el tributo es una categoría jurídica que integra, con ese conjunto de componentes de la relación tributaria, una armazón estructural que no puede remitirse en blanco a la Administración ni siquiera excepcionalmente.

Dentro de esta acepción cualificada del principio de «reserva de la ley» resulta coherente que el art. 74 de la Carta fundamental haya excluido a los Decretos de Urgencia como instrumentos de la potestad tributaria del Estado" (184).

De manera que el principio de reserva de la ley no consiste solamente en crear nominalmente el tributo para que después el reglamento lo llene de significados y contenidos. Por el contrario, en la reserva de la ley está que ella establezca en su texto los siguientes elementos mínimos:

- El hecho imponible, que es la actividad o hecho sobre el cual recae el impuesto: la renta del trabajo, la transferencia de bienes y servicios, etc.
- La base imponible, que es la masa de valor sobre la cual se aplicará el impuesto: las rentas del trabajo del año con las deducciones autorizadas; el precio de venta de los bienes; etc.
- La tasa, que es el valor que permite calcular el monto del impuesto a pagar en relación a la base imponible . Por ejemplo: el impuesto general a las ventas es equivalente al 18% del precio pagado.

---

(184) OCHOA CARDICH, César. *Constitución financiera: bases del Derecho Constitucional Tributario*. En VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994. p. 131.

- las exoneraciones, es decir, quienes no estarán obligados a pagar el impuesto y en qué condiciones.
- Las infracciones y sanciones porque son restricciones a derechos y deben ser establecidas por ley.
- Los procedimientos respectivos.

Cada legislación puede establecer más o menos elementos, pero sí deberá considerar por lo menos todos éstos.

Esto mismo sostiene Luzardo en el siguiente texto:

"De lo que venimos exponiendo, podemos afirmar que el principio de legalidad tributaria debe ser concebido en forma amplia. No basta con un enunciado filosófico general, aún cuando éste es necesario para establecer el principio, sino también debe acompañarse de una fórmula sencilla que no permita duda alguna de los alcances de la regla.

Esto es, el principio no puede limitarse a señalar que corresponde al Poder legislativo el establecimiento, modificación o derogación de impuestos o contribuciones sino que debe precisar que esto abarca los elementos fundamentales del tributo cuales son los sujetos, el hecho imponible, la base de cálculo y la tarifa, sin hacer la discriminación que hemos criticado de que ciertas tarifas se deleguen al Poder Ejecutivo" (185).

La norma IV del Título Preliminar del Código Tributario establece los contenidos de reserva de la ley para la legislación peruana dice:

"Decreto Legislativo 816, norma II del Título Preliminar.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD - RESERVA DE LA LEY.

Sólo por Ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación, se puede:

---

(185) LUZARDO BAPTISTA, Rodolfo. *El principio de la legalidad tributaria en el Derecho Constitucional latinoamericano*. En COMBELLAS. Ricardo (coordinador). *El Nuevo Decreto Constitucional Latinoamericano*. Caracas, COPRE y CIEDLA, 1996, Vol. II, p. 870.

a) Crear, modificar y suprimir tributos; señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota; el acreedor tributario, el deudor tributario y el agente de retención o percepción, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10;
b) Conceder exoneraciones y otros beneficios tributarios;
c) Normar los procedimientos jurisdiccionales, así como los administrativos en cuanto a derechos o garantías del deudor tributario;
d) Definir las infracciones y establecer sanciones;
e) Establecer privilegios, preferencias y garantías para la deuda tributaria; y,
f) Normar formas de extinción de la obligación tributaria distintas a las establecidas en este Código.

Los gobiernos Locales, mediante Ordenanza, pueden crear, modificar y suprimir sus contribuciones, arbitrios, derechos y licencias o exonerar de ellos, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la Ley.

Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se regula las tarifas arancelarias.

Por Decreto Supremo expedido con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se fija la cuantía de las tasas".

La Corte Suprema de la República ha emitido también jurisprudencia al respecto: que el principio de legalidad en materia tributaria es una garantía para el ciudadano, no sólo en el establecimiento del tributo sino también al señalarse exoneraciones y sus modificaciones, está reconocido en la siguiente sentencia:

"[...] constituye un derecho y una garantía para el ciudadano, para la persona humana o jurídica nacional, el que los tributos sólo pueden ser creados, modificados o suprimidos por ley, e igualmente, es un derecho constitucionalmente garantizado el que una exoneración sólo pueda ser concedida por ley, y en consecuencia, suprimida o modificada por norma de igual jerarquía, por lo cual al fundarse la presente demanda de amparo en violación de un derecho constitucionalmente garantizado, cual es el de legalidad en materia tributaria la acción de amparo es procedente". (Resolución de la Corte Suprema del 22 de Julio de 1992, en la acción de amparo interpuesta por la Empresa Editora La Industria de Trujillo S.A. contra el Ministerio de Economía y Finanzas).

Armando Zolezzi, notando que el artículo 74 encarga sólo ciertos tributos a la reserva de ley y que otros los pueden establecer el Poder Ejecutivo e inclusive los gobiernos locales, anota correctamente que el Perú no tiene un principio exhaustivo de reserva de la ley sino, en todo caso, parcial:

"El principio más antiguo del Derecho Tributario es el de legalidad, que algunos autores denominan de reserva de ley. Esta denominación es correcta sólo en la medida que el poder o potestad tributaria esté centralizado en el Poder Legislativo, no siendo viable la creación, modificación o supresión de tributos con instrumentos que no sean ley en sentido formal o por órganos distintos al Congreso. Sin embargo, no es ese el sistema adoptado en nuestra Constitución" (186).

Sobre este tema dice el Código Tributario:

«Código Tributario, Título preliminar, norma IV: principio de legalidad - reserva de la ley.

Sólo por Ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación, se puede:

a) Crear, modificar y suprimir tributos; señalar el hecho generador de la obligación tributaria, la base para su cálculo y la alícuota; el acreedor tributario, el deudor tributario y el agente de retención o percepción, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10;

b) Conceder exoneraciones y otros beneficios tributarios;

c) Normar los procedimientos jurisdiccionales, así como los administrativos en cuanto a derechos o garantías del deudor tributario;

d) Definir las infracciones y establecer sanciones;

(186) ZOLEZZI MÖLLER, Armando. *El régimen tributario en la nueva Constitución*. En VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 148.

e) Establecer privilegios, preferencias y garantías para la deuda tributaria; y,

f) Normar formas de extinción de la obligación tributaria distintas a las establecidas en este Código.

Los Gobiernos Locales, mediante Ordenanza, pueden crear, modificar y suprimir sus contribuciones, arbitrios, derechos y licencias o exonerar de ellos dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la Ley.

Mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se regula las tarifas arancelarias.

Por Decreto Supremo expedido con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se fija la cuantía de las tasas».

La intersección del principio de reserva legal en materia tributaria, con las competencias de los municipios para establecer determinados tributos y su imposibilidad de establecer otros, dio pie a una interesante sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales durante la vigencia de la Constitución de 1979, en el caso del conflicto entre la Cervecera del Sur S.A. y el Concejo Municipal de la misma ciudad. Este caso versa sobre el Edicto Municipal 002-A-CPC-SG-84 del 24 de junio de 1984, emitido por el Concejo Provincial del Cuzco conforme al cual la Compañía Cervecera del Sur S.A. debía pagar una tasa de nueve por ciento del precio de venta en fábrica de cada botella de cerveza cusqueña en cualquiera de sus variedades, por el uso de vías públicas, por instalación de redes de agua potable y aprovechamiento de la canalización municipal para desagüe industrial. La Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales dice:

"[...] conforme a lo que prescribe el artículo ciento nueve de la Ley veintitrés mil ochocientos cincuentitrés «Orgánica de Municipalidades», «los Concejos Municipales ejercen actos de gobierno mediante Ordenanzas, Edictos y Acuerdos, y sus funciones administrativas mediante resoluciones» definición que lleva al convencimiento que el acto de gobierno que contiene el Edicto número cero, cero dos-A-CPC-SG-ochenticuatro, constituye en su esencia, un acto jurídico de gobierno unilateral que, como manifestación de voluntad de un órgano del Estado, re-

quiere para su validez que dicho órgano público sea competente; por cuanto el atributo de la competencia, es la facultad que da la autoridad superior o la norma constitucional, en favor de un órgano o institución pública, a fin de que éstos puedan, imperativa o discrecionalmente, realizar el acto de gobierno.

La imposición o gravamen que contiene el Edicto cero, cero, dos-A-CPC-SG-ochenticuatro, excede de la competencia que la Constitución otorga a los municipios provinciales y, como tal, carece de fundamento suficiente para su validez, por no constituir un derecho municipal, sino un gravamen a un producto industrial, el mismo que solamente puede establecerse por ley, de conformidad con lo que prescribe el primer parágrafo del artículo ciento treintinueve de la Constitución.

Que el recurso de amparo es un medio jurisdiccional contra actos de la autoridad que atenten contra los derechos que la Constitución garantiza y concede, y opera contra la ilegalidad o arbitrariedad de los actos del poder público o decisiones de autoridades o instituciones públicas en la esfera administrativa.

Que el contenido del Edicto como manifestación de voluntad del Concejo Provincial del Cusco, no es de carácter administrativo, sino de gobierno estando a lo que prescribe el artículo ciento nueve de la Ley veintitrés mil ochocientos cincuentitrés; en razón de que una institución pública de gobierno local, como es el citado Concejo Provincial, carece de competencia para imponer impuestos, de modo que el acto de gobierno que contiene el citado Edicto resulta arbitrario y, por ello inexistente. De lo que se sigue que, estando a su jerarquía y naturaleza y a lo dispuesto por los Arts. veintisiete y veintiocho, inciso dos, de la ley veintitrés mil quinientos seis no es exigible el agotamiento de las vías previas". (Resolución del Tribunal de Garantías Constitucionales del 2 de diciembre de 1985 en la acción de amparo seguida por la Compañía Cervecera del Sur S.A. con el Concejo Provincial del Cusco).

Dos son las cosas importantes que esta resolución dice para efectos de nuestro interés en este trabajo:

- Que el edicto establece un impuesto porque constituye un gravamen a un producto industrial.

- Que el Concejo Municipal carece de competencia para establecer impuestos.

Por consiguiente, el Edicto materia del caso es inconstitucional. La argumentación es clara, correcta y contundente. Por lo demás, es perfectamente aplicable a las competencias establecidas en materia tributaria para los Concejos Municipales en la Constitución de 1993, en la medida que ni el artículo 74, ni el inciso 3 del artículo 192 los autorizan a crear impuestos.

Un caso curioso, también resuelto por nuestra Corte Suprema fue el siguiente:

El dictamen fiscal dice:

"Mediante la demanda corriente a fojas 8-9, la accionante solicita se deje sin efecto la Resolución Directoral 01-88-MPI, de 07 de Enero de 1988, que establece un autogravamen o contribución voluntaria de un inti por cada botella de cerveza o gaseosa que se consuma en la provincia de Ilo, lo que para ellos constituye un impuesto que se traslada al consumidor a la manera de un impuesto general a las ventas, facultad que constitucionalmente corresponde al Congreso Nacional.

Al margen de lo declarado por el Señor Vocal Berríos Chalco en su voto discordante de fs. 27, lo que será objeto de la debida evaluación por el Supremo Tribunal, este Despacho comparte el criterio de la recurrida toda vez que, estando a lo reconocido expresamente por el concejo demandado en su escrito de absolución de la demanda, el sobreprecio de un inti no constituye un tributo creado por la municipalidad sino una especie de donación bajo al denominación de contribución voluntaria; lo que hace convicción que tal disposición revela un exceso funcional al no encontrarse tal acción dentro de las facultades que le acuerdan la Constitución y su Ley Orgánica.

El inciso 4 del artículo 254 de la Constitución reserva a las Municipalidades facultades para crear, modificar o suprimir sus contribuciones, arbitrios y tasas, las que se encuentran condicionadas a los alcances y naturaleza de cada concepto, respondiendo primordialmente a la contraprestación de servicios que el Concejo Otorgue".(Dictamen fiscal en la

sentencia de la Corte Suprema del 24 de Agosto de 1990 en la acción de amparo interpuesta por Embotelladora Tacna S.A., contra el Concejo Provincial de Ilo).

La resolución de la Corte mantuvo conformidad con el dictamen fiscal, según el cual una contribución voluntaria sobre el consumo de ciertos productos, en realidad es un impuesto y ni en la Constitución de 1979 ni en la de 1993 las municipalidades tienen atribución para crear uno autónomamente.

La Corte Suprema y el fiscal han estimado que el impuesto debe ser identificado no por la forma que se le da en la norma, sino por su manera de operar y por los efectos reales que produce. Es un criterio interesante y válido, que permite defender el derecho que significa el principio de reserva legal en materia tributaria para el contribuyente, y que como hemos visto en otra resolución, tiene rango constitucional.

Aunque este caso fue resuelto con la Constitución de 1979, estimamos que es perfectamente aplicable como precedente al artículo 74 de la Constitución de 1993.

El segundo principio establecido para los tributos en el artículo es el de igualdad. Sobre él dice Zolezzi:

"El numeral 2 del Artículo 2° de la Constitución declara que toda persona tiene derecho: «A la igualdad ante la ley. nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole».

Es lo que en doctrina se conoce como principio de generalidad. Al respecto el profesor argentino Héctor Villegas sostiene:

> Este principio de generalidad se refiere más a un aspecto negativo que positivo. No se trata de que todos deben pagar tributos, según la generalidad sino que nadie debe ser eximido por privilegios personales, de clase, linaje o casta. En otras palabras, el gravamen se debe establecer en tal forma que cualquier persona, cuya situación coincida con la señalada como hecho generador del tributo, debe quedar sujeta a él.

Este principio estaba expresamente recogido en la Constitución de 1979, en el Artículo 139, con la fórmula de que no hay privilegio personal en materia tributaria (187).

Lozano también se refiere al principio de igualdad tributaria en los siguientes términos:

> En doctrina también se llama principio de Isonomía y consiste en que todas las personas que son contribuyentes deben recibir un trato similar frente al mismo hecho imponible. No significa que todos los contribuyentes quedan obligados en la misma cantidad frente al imperio de la norma, porque ello significaría dar un trato desigual a los contribuyentes dentro de una sociedad que admite desigualdad al menos de fortuna de unos frente a otros. De lo que se trata es que las personas afectadas por un tributo deben tributar sobre la base de su capacidad contributiva, noción ésta que encierra un sentido de justicia, de tal modo que todos contribuyan, lo que es igualdad ante la ley, aunque no en la misma cantidad, que es sinónimo de justicia tributaria (188).

Y, finalmente, dice Fernández Segado a propósito del tratamiento que la igualdad tributaria tiene en España:

> Nuestro supremo intérprete de la Constitución ha vinculado el principio de igualdad tributaria del artículo 31.1 CE con el principio general de igualdad consagrado por el artículo 14 CE. Es evidente que la igualdad se predica de la situación ante la Ley reguladora del tributo de que se trate, de todos los sujetos del mismo. Como la carga tributaria a que cada sujeto ha de hacer frente en función de su capacidad económica, «la definición de ésta y el método para determinarla han de ser establecidos mediante normas

(187) ZOLEZZI MÖLLER, Armando. *El régimen tributario en la nueva Constitución*. En VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 149.

(188) LOZANO ALVARADO, Nelson. *Principios tributarios*. En *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, Editora Normas Legales S.A. Año XIVI, N° 2, abril-junio de 1966, p. 175.

que efectivamente den a todos los sujetos un trato igual y no introduzcan entre ellos diferencias resultantes de su propia condición personal, o de las relaciones que existen entre ellos y otras personas cuando ni aquella condición ni estas relaciones son elementos determinantes del impuesto en cuestión» (STC 45/1989).

A esta igualdad formal hay que añadir la exigencia de una igualdad real o material, en sintonía con la exigencia del artículo 9.o.2 CE, y que en este ámbito del Derecho Tributario resulta especialmente necesaria; de ahí que la igualdad sea perfectamente compatible con la progresividad del impuesto (189).

De esta manera, el principio de igualdad en materia tributaria tiene los siguientes contenidos:

- Nadie debe ser exonerado del impuesto por condición personal, es decir, como un privilegio. Esto ocurrió en el pasado y fueron generalmente los nobles del Antiguo Régimen los que gozaron de inafectación por condición social. Este principio, como vemos, concuerda con el establecido en el primer párrafo del artículo 103 de la Constitución que dice: "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas". A su vez, concuerda con el artículo 2 inciso 2 según el cual todos somos iguales ante la ley.

- También tiene el contenido inverso al que hemos encontrado en el párrafo anterior: si alguien cae en los supuestos que generan la relación tributaria, entonces debe pagar el impuesto. La igualdad supone no sólo que no haya exoneraciones por razón de la persona, sino que todos los que deben pagar, efectivamente lo hagan.

- Un elemento de la igualdad tributaria es que todos paguen según su capacidad contributiva y no todos por igual al margen de su posibi-

---

(189) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El régimen socio-económico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español.* En *Derecho y Sociedad.* Lima, Asociación Civil Derecho y Sociedad, N° 10, 1995, pp. 96-97.

lidad de pago. Es lo que Fernández Segado denomina la *progresividad* del impuesto en la parte final de su cita. En otras palabras, la igualdad tributaria se realiza más perfectamente cuando los iguales tributan igual y los desiguales tributan desigual, en proporción a lo que pueden pagar.

En relación al principio establecido por el artículo 74 de la Constitución de respeto de los derechos fundamentales de la persona, dice Zolezzi:

> Respeto de los derechos fundamentales de la persona.
>
> Los mismos están recogidos en el Artículo 2° de la Constitución. Así como vimos respecto de principio de no confiscatoriedad, ninguna norma legal o administrativa de naturaleza tributaria puede violar las garantías precisas de la persona, contenidas en el citado artículo.
>
> En tal sentido, por ejemplo, sería inconstitucional una norma que discrimine por motivo de raza, sexo, idioma, religión, etc. pues estaría atentando contra el principio de generalidad que recoge el numeral 2 del referido artículo 2° y, además sería violatorio del Artículo 103°, según el cual: «Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas».
>
> No obstante que resulta obvio el que ninguna norma tributaria puede, válidamente, ser contraria a los derechos fundamentales de la persona, que la Constitución reconoce, me parece pertinente que el Artículo 74° lo diga expresamente (190).

Lozano intenta una lista de los derechos fundamentales que podrían ser vulnerados por disposiciones tributarias:

---

(190) ZOLEZZI MÖLLER, Armando. *El régimen tributario en la nueva Constitución.* En VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios.* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 151.

"Los derechos fundamentales que podrían ser afectados, de modo más perceptible pueden ser los siguientes:

a) El derecho de igualdad ante la ley (Art. 2°, Inc. 2).

b) El derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados [...] Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley (Art. 2°, Inc. 10).

c) El derecho de contratar con fines lícitos (Art. 2°, Inc. 14)

d) El derecho a la propiedad y a la herencia (Art. 2°, Inc. 16)

e) El derecho a la legitima defensa (Art. 2°, Inc. 23), que también debe gozar el contribuyente dentro de los procedimientos tributarios.

f) No hay prisión por deudas (Art. 2°, Inc. 24 literal c).

g) El derecho de no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley (Art. 2°, Inc. 24 literal d); aplicable en los delitos tributarios.

Esto no quita que los demás derechos fundamentales puedan también ser afectados de algún modo. De ahí la importancia de este principio" (191).

Como podemos apreciar en esta regla no hay reveses ni esquinas oscuras: todo es tan claro que pareciera innecesario decirlo: las normas

---

(191) LOZANO ALVARADO, Nelson. *Principios tributarios*. En *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, Editora Normas Legales S.A. Año XIVI, N° 2, abril-junio de 1966, p. 176.

tributarias, y en verdad todas las normas jurídicas, deben dictarse en observancia de los derechos constitucionales.

En octubre de 1996, el Tribunal Constitucional peruano resolvió, precisamente, un caso en el que aplicó este dispositivo para declarar fundada la demanda:

Se trata de una empresa a la que la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria le cursa una orden de pago a fin de que abone el impuesto mínimo a la renta. La empresa acotada alega que el impuesto tiene naturaleza confiscatoria pues su representada no produce rentas y se encuentra en falencia económica.

Las consideraciones pertinentes del Tribunal Constitucional son las siguientes:

" [...] Que, según se desprende de los Artículos 109 y 110 del Decreto Legislativo 774, el establecimiento del impuesto mínimo a la renta, por medio del cual se grava a la accionante con un tributo del orden del dos por ciento del valor de sus activos netos, como consecuencia de no encontrarse afecto al pago del impuesto a la renta, supone una desnaturalización desproporcionada del propio impuesto a la renta que dicha norma con rango de ley establece, ya que pretende gravar no el beneficio, la ganancia o la renta obtenida por la accionante como consecuencia del ejercicio de una actividad económica, conforme se prevé en el Artículo 1, donde se diseña el ámbito de aplicación del tributo, sino el capital o sus activos netos. Que, en este sentido, un límite al que se encuentra sometido el ejercicio de la potestad tributaria del Estado, conforme lo enuncia el Artículo 74 de la constitución, es el respeto de los derechos fundamentales, que en el caso de autos no se ha observado, ya que: a) en materia de impuesto a la renta, el legislador se encuentra obligado , al establecer el hecho imponible, a respetar y garantizar la conservación de la intangibilidad del capital, lo que no ocurre si el impuesto absorbe una parte sustancial de la renta, de la que potencialmente hubiere devengado de una explotación racional de la fuente productora del rédito, o si se afecta la fuente productora de la renta, en cualquier cuantum. b) el impuesto no puede tener como elemento base de la imposición una circunstancia que no sea reveladora de capacidad económica o contributiva, que en el caso del impuesto mínimo a la renta con el que se pretende cobrar a

la actora, no se ha respetado. Que, conforme se desprende de los documentos obrantes a fojas tres y cuatro, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria cursó a la actora la orden de pago número 011-1-15189 así como la notificación de ejecución coactiva, a fin de que ésta cumpla con abonar a favor del fisco la suma de cinco mil novecientos noventa y seis [...]. Falla: [...] declararon fundada la demanda (...). (Resolución del Tribunal Constitucional del 28 de Octubre de 1996, en la acción de amparo interpuesta por la Fábrica de Hilados y Tejidos Santa Clara S.A. contra la Superintendencia Nacional de Administración tributaria).

El principio de no confiscatoriedad es difícil de asir porque es muy claro en el extremo, pero no en los puntos intermedios. Es decir: si a una persona le cobran como impuesto el 100% o del 98% de su renta, se la han confiscado. Lo propio si le cobran el 100% o el 95% del valor de un inmueble. Sin embargo, nadie considera confiscatorio, en el mundo, un impuesto del 250% sobre las transferencias de cigarrillos, de licores o de combustibles. No es pues tan claro a partir de cuáles proporciones el tributo deja de ser confiscatorio. El asunto, como se ve, es de razonabilidad más que de matemáticas puras. Sobre él dice Ochoa:

> Se deriva del derecho fundamental de propiedad (Art. 2, inc.16, Const.). En el Perú la doctrina no ha desarrollado los alcances de este principio, a diferencia de la Corte Suprema Argentina que ha fijado en numerosos precedentes, en materia de tributación inmobiliaria, el tope del 33% de la renta, más allá del cual el tributo deviene confiscatorio por absorber una parte sustancial de la renta gravada.
>
> Asimismo, debe subrayarse que la doctrina jurisprudencial en Argentina ha determinado que sin rentas reales o potenciales no existe tributo constitucionalmente válido, aún cuando grave la tenencia de capitales y no las utilidades que ellos devenguen.
>
> Otro aspecto a considerar es si el desborde de la capacidad contributiva puede originarse no sólo por el efecto de un tributo en particular, sino por la presión que ejerce sobre el contribuyente el conjunto de tributos del sistema que lo afecte. En ese sentido, coincidimos con la tesis que sostiene que la aplicación sobre el con-

tribuyente de múltiples gravámenes que afecten su capacidad contributiva puede generar una presión insoportable que puede estimarse globalmente como confiscatoria.

[...]

Por último, cabe anotar en cuanto a los efectos de la declaración de confiscatoriedad del tributo que la Corte Suprema de la Nación, en Argentina, ha establecido que ésta sólo alcanza a nulificar la porción del monto en que consiste el exceso (192).

La jurisprudencia argentina tiene razón, en nuestro criterio, en los siguientes aspectos:

- En la determinación de un porcentaje por encima del cual el impuesto se considera confiscatorio. Ello dependerá del tipo de base imponible de que se trate y de los propósitos del impuesto (el de los cigarrillos o el alcohol, por ejemplo, tiene la indudable finalidad de desincentivar el consumo). Otra discusión consiste en determinar si debe ser 33% u otra cifra. Pero esto es secundario en la medida que no existen instrumentos para medir adecuadamente estas cantidades. Lo importante es el principio de determinar una cifra, y el apuntar a una que sea razonable. El 33% desde luego que lo es.

- También tiene razón en declarar inconstitucional sólo el exceso, no todo el tributo. Las personas deberán pagar sólo la cuota que se considere constitucional, no lo demás.

La regla de que para apreciar el carácter confiscatorio de los tributos hay que tomar en cuenta el total de la presión tributaria parece razonable, pero hará jurídicamente muy difícil definir cuáles tributos descar-

---

(192) OCHOA CARDICH, César. *Constitución financiera: bases del Derecho Constitucional Tributario*. En VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, p. 136.

tar. Nosotros, en este sentido, consideramos que es preferible tratar los tributos por separado para la determinación de su confiscatoriedad.

En relación a la prohibición de que los decretos de urgencia traten materias tributarias, manifestamos nuestro acuerdo total: uno de los reclamos justos del pueblo fue que la potestad de establecer tributos no estuviera en manos del Poder Ejecutivo y no encontramos razones para cambiar de parecer. El asunto ya se había discutido desde antes de la norma contenida en este artículo 74 de la Constitución. Eguiguren da testimonio de ello:

"Distinguidos tributaristas como Luis Hernández, Armando Zolezzi y Humberto Medrano, han coincidido en considerar que la atribución presidencial contenida en el Inc. 20 del Art. 211° de la Constitución permite dictar -en situaciones extraordinarias- normas que asumen muchas de las características de los decretos de urgencia y que tienen fuerza de ley. Igualmente existe unanimidad entre ellos en cuanto a que dichas medidas pueden perfectamente estar referidas a la materia tributaria, pues no dudan en incluir a ésta dentro del campo económico y financiero a que se limita la competencia material del precepto constitucional que analizamos. Por mi parte, he compartido y comparto plenamente esta interpretación.

Pero un problema central, inclusive para de quienes comparten dicha posición, es determinar qué se puede hacer o cuál es el alcance de esta atribución en materia tributaria. Ya aquí las opiniones están divididas, pues Luis Hernández señala que por esta vía no se puede modificar la legislación tributaria preexistente; admite que se pueda crear un nuevo tributo, y hasta modificarlo o derogarlo posteriormente (también mediante medidas extraordinarias), pero siempre que su duración sea temporal y con ello no se afecte ni altere la legislación tributaria vigente.

En cambio Armando Zolezzi con quien coincidimos en este punto, sustenta una posición distinta a Luis Hernández, señalando que

> [...] cumpliéndose el presupuesto habilitante, la facultad en el campo tributario puede afirmarse que es amplia; que no tiene límites, pero necesariamente provisional o temporal, desde que se permite la dación de decretos extraordinarios como instrumento de sustitu-

ción legislativa, a condición que exista un caso de extraordinaria y urgente necesidad y de interés nacional. En tal sentido, por esta vía no pueden modificarse en forma permanente normas de carácter permanente, pero al dejarlas en suspenso o modificarlas temporalmente, se puede legislar provisionalmente sobre materias coyunturales y gravar o exonerar hechos tributarios de realización inmediata».

No creo, pues, que pueda o deba impedirse a las normas dictadas al amparo del Inc. 20 del Art. 211°, modificar la legislación tributaria preexistente, siempre que dicha modificación sea solamente temporal o provisional. Pensemos, por ejemplo, en la posibilidad que a través de una medida extraordinaria se pueda variar la tasa de un impuesto o exonerar de su aplicación, naturalmente en forma temporal, para atender las necesidades de personas afectadas por una catástrofe natural, o para aliviar la situación de sectores de la producción en riesgo de colapsar por una seria crisis económica; sería también el caso de la modificación provisional de una ley tributaria, a la espera que el Congreso confirme esta reforma y la convierta en definitiva (193).

Desde luego, las razones que se aplican a no dictar normas tributarias por Decreto de Urgencia, son perfectamente aplicables cuando se trata de la Ley del Presupuesto. Si se autorizara a incluir tributos allí, podría desorganizarse el sistema tributario nacional, con medidas de coyuntura para "cerrar la brecha fiscal", olvidándonos que todo esto debe ser materia de una planificación cuidadosa y no de reacciones de momento.

El principio de que las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación, es una regla correcta que permite a los contribuyentes tener certeza de los impuestos que deben pagar. El problema de encontrarse en octubre con que ha subido la tasa de un impuesto que se debía pagar desde

---

(193) EGUIGUREN P., Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann, 1990, p. 230.

Enero y que, en consecuencia, se debe regularizar las provisiones o pagos a cuenta de todo el año para afrontar la situación de un impuesto final más alto, es suficientemente indicativo. Esto no puede ni debe ocurrir. A la inversa, si este año dictan las normas que recién regirán el próximo, aunque esto ocurra a fines de diciembre, permite que durante todo el año siguiente, se hagan las provisiones o pagos a cuenta debidos para afrontar el pago anual total.

La regla según la cual no surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de las normas aquí establecidas, cae por su propio peso y no requiere explicación: la ilegalidad no se convierte en legalidad bajo ningún supuesto cuando se trata de la actuación del legislador. Sí es preciso, en cambio, recordar que también será aplicable cuando una sentencia del Tribunal Constitucional declare inconstitucional una disposición de naturaleza tributaria.

123. Artículo 75

> ***«Artículo 75.- El Estado sólo garantiza el pago de la deuda pública contraída por gobiernos constitucionales de acuerdo con la Constitución y la ley.***
>
> ***Las operaciones de endeudamiento interno y externo del Estado se aprueban conforme a ley.***
>
> ***Los municipios pueden celebrar operaciones de crédito con cargo a sus recursos y bienes propios, sin requerir autorización legal.»***

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La deuda pública fue tema presente desde la Constitución de 1823:

"Constitución de 1823, artículo 161.- La nación reconoce la deuda pública, y su pago depende del honor nacional; para cuyo fin decretará el Congreso cuanto estime necesario a la dirección de este importantísimo negocio».

La Constitución de 1828 estableció dos normas que dieron un tratamiento más completo al tema:

"Constitución de 1828, artículo 21.- A la Cámara de Diputados corresponde exclusivamente la iniciativa en las contribuciones, negociado de empréstitos y arbitrios para extinguir la deuda publica; quedando al Senado la facultad de admitirlas, rehusarlas ú objetarlas».

«Constitución de 1828, artículo 170.- La Constitución garantiza la deuda pública interna y externa: su consolidación y amortización merece con preferencia la consideración del Congreso».

La Constitución de 1834 en sus artículos 22 y 169, y la Constitución de 1839 en sus artículos 34 y 173, repitieron el tratamiento constitucional dado al tema en la Constitución de 1828.

Al establecer la Confederación Perú-Boliviana, la Constitución de 1837 tenía que resolver el problema de las deudas pendientes de los Estados conformantes. Lo hizo de la siguiente manera:

«Constitución de 1837, artículo 34.- Cada República pagará las deudas que hubiere contraído antes de este pacto. Las contraídas por la antigua República Peruana se dividirán, lo mismo que sus créditos, entre las dos Repúblicas Nor y Sud Peruanas, a juicio del Congreso General».

El tema reaparece en la Constitución de 1920 que establece:

«Constitución de 1920, artículo 10.- La Constitución garantiza el pago de la deuda pública. Toda obligación de Estado contraída conforme a ley es inviolable».

Finalmente, la Constitución de 1933 enriquece el tratamiento del tema de la siguiente manera:

«Constitución de 1933, artículo 11.- El Estado garantiza el pago de la deuda pública contraída conforme a la Constitución y a las leyes».

«Constitución de 1933, artículo 15.- Los empréstitos nacionales deben ser autorizados o aprobados por una ley que fije sus condiciones y

señale los objetos en que se han de invertir, que deben ser de carácter reproductivo o relacionados con la defensa nacional».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las normas antecedentes de la Constitución de 1979 respecto al artículo que comentamos son las siguientes:

"*Artículo 140.- Las operaciones de endeudamiento externo e interno del Gobierno Central, que incluyen las garantías y avales que éste otorga, son autorizadas por ley, la cual determina sus condiciones y aplicación.*

El endeudamiento de los demás organismos del Sector Público se sujeta a sus respectivas leyes orgánicas y supletoriamente a las autorizaciones otorgadas por leyes especiales.

Los gobiernos locales y regionales pueden celebrar operaciones de crédito interno bajo su exclusiva responsabilidad sin requerir autorización legal".

"*Artículo 141.- El Estado sólo garantiza el pago de la deuda pública que contraen los gobiernos constitucionales, de acuerdo con la Constitución y la ley*".

Ambas Constituciones establecen norma de igual sentido con una pequeña modificación de redacción en el punto que se refiere a la garantía del Estado del pago de la deuda pública, sólo cuando la contraen gobiernos constitucionales, de acuerdo con la Constitución y la ley.

También traen igual norma en referencia a que las operaciones de endeudamiento del Estado se aprueban conforme a ley. La especificación del artículo 140 de la Constitución de 1979 en el sentido de que se incluye en ello las garantías y avales que el Estado otorga, y su ausencia en la Constitución de 1993, no altera la significación normativa porque si el Estado se obliga como garante, está incrementando también la deuda que puede asumir y, por consiguiente, tales avales y garantías deben también ser aprobadas conforme a ley según el segundo párrafo del artículo 75 de la Constitución de 1993.

La autorización a los gobiernos locales de celebrar operaciones de crédito tiene una diferencia: la Constitución de 1979 sólo autorizaba operaciones de crédito interno en tanto que la de 1993 habla de operaciones de crédito sin especificar detalles. Los demás cambios de redacción no alterna, en nuestro concepto, lo esencial de la normatividad de las dos Constituciones en este punto.

Análisis exegético

El primer párrafo de este artículo es una provisión constitucional cumplida muy escasamente porque, en general, las deudas contraídas por gobiernos de facto son asumidas por los siguientes gobiernos constitucionales ya que significan compromisos reales con países extranjeros o con organismos internacionales que no se pueden desconocer abiertamente, aunque ellos hayan actuado impropiamente facilitándolos. Es la historia real que hemos vivido con las deudas acumuladas entre 1968 y 1980, pero también con las que provienen del período comprendido entre el 05 de abril y el 31 de diciembre de 1992.

De cualquier forma, la intención de este artículo es, simplemente, establecer dos salvaguardias:

- La primera es contra las operaciones de endeudamiento que hagan los gobiernos no constitucionales. Aunque generalmente la amenaza de no reconocerlas no funciones, podría aplicarse dependiendo de la correlación de fuerzas y las circunstancias de cada operación realizada.

- La segunda tiene que ver aún con los gobiernos constitucionales y consiste en que no se reconocerá la deuda pública que ellos contraigan en desacuerdo con la Constitución y la ley. Esta amenaza es más grave porque existen siempre mecanismos de control sobre el Ejecutivo de los gobiernos democráticos.

Sea cual fuere el destino del cumplimiento de estas disposiciones (la experiencia respecto de ellas no fue nunca muy alentadora), es importante que la norma exista para que cree conciencia ciudadana y, con tiempo y esfuerzo, se pueda aplicar verdaderamente la integridad de la norma.

Deberá haber una ley que establezca las reglas según las cuales se aprueban las operaciones de endeudamiento del Estado. En este sentido, en el Perú existe la Ley General de Endeudamiento Externo, que es el Decreto Legislativo 005 del 30 de Diciembre de 1980 y que requiere actualización.

En la parte final del artículo se autoriza a los municipios a celebrar operaciones de crédito con cargo a sus recursos y bienes propios sin necesidad de más autorizaciones. Si bien la norma funciona en teoría, en la práctica es muy difícil que lo haga porque siempre los municipios necesitarán el aval del Gobierno Central si quieren obtener recursos cuantiosos. Sus rentas son muy reducidas como para aspirar a préstamos importantes. Discutimos más ampliamente el problema municipal en el comentario a los artículos 191 y siguientes de la Constitución.

124. Artículo 76

> ***«Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.***
>
> ***La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.»***

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo antecedente de la Constitución de 1979 respecto de este tema es el siguiente:

"Artículo 143.- La contratación con fondos públicos de obras y suministros así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación pública.

Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la Ley de Presupuesto.

La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades".

Con diferencia de redacción que en esta caso la Constitución de 1993 no mejoró sino empeoró (en nuestro criterio), las dos Constituciones contienen el mismo mandato esencial respecto a la contratación de obras y suministros y la adquisición o enajenación de bienes. Las normas son correctas porque contribuyen a la moralización de la vida pública aunque, por sí solas, no la garantizan.

Análisis exegético

La norma manda que diversas adquisiciones de bienes y obras que el Estado encarga, se realicen por los mecanismos de concurso público y licitación. A estas dos modalidades la ley de desarrollo de esta materia añade dos más que, por el monto, pueden ser consideradas entre las excepciones que se hallan expresamente mencionadas en la propia Constitución:

"Ley 26850, artículo 14.- Los procesos de selección son: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y de menor cuantía. El reglamento determinará los sistemas y modalidades aplicables a cada proceso de selección".

Sobre la licitación pública establece:

"Ley 26850, artículo 15.- La licitación pública se convoca para la contratación de obras y para la adquisición de bienes y suministros dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto".

Cada año, según los procedimientos establecidos en los artículos 77 y siguientes de la Constitución, se aprueba una Ley de Presupuesto que sirve para el año calendario siguiente. En dicha ley se establecen los montos mínimos a partir de los cuales se requiere hacer licitación pública. Hay que notar que este procedimiento sirve para obras y adquisición de bienes y suministros, no sólo para lo primero.

Sobre el Concurso público dice la ley:

"Ley 26850, artículo 16.- El concurso público se convoca para la contratación de servicios y de consultoría, dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto".

Como hemos dicho a propósito del artículo inmediatamente anterior, la propia Ley de Presupuesto establece el rango de costo dentro del cual se hace concurso público. Hay que resaltar que el concurso público se refiere a contratación de servicios y consultorías, materia distinta de la licitación como puede claramente verse.

Tanto la licitación como el concurso público son procedimientos formales que tienen una serie de etapas, de actos preclusivos y que son supervisados por un comité especial encargado de la tramitación y decisiones bajo responsabilidad. Los términos generales de dicho procedimiento se hallan establecidos en el artículo 13 de la Ley 26850 y son:

- Realizar la convocatoria pública a través de la publicación por lo menos en el Diario Oficial *El Peruano*, en uno de circulación nacional y en otro de circulación en la localidad en que se realiza la licitación pública o concurso público. Se establecen los requisitos del aviso.
- La existencia de un plazo razonable entre la convocatoria y la presentación de ofertas. El plazo será establecido por la entidad del Sector Público atendiendo a la urgencia y características propias de cada proceso. En ningún caso el plazo entre la convocatoria y la presentación de propuestas será menor a veinte días hábiles.
- La existencia de bases aprobadas y, en el caso de obras, se requerirá adicionalmente un expediente técnico.
- La celebración de acto público para la presentación de propuestas y para la adjudicación.

En relación a la adjudicación directa y de menor cuantía establece la ley:

"Ley 26850, artículo 17.- La adjudicación directa se convoca para la contratación de obras, servicios de consultoría, otras clases de servicios y para la adquisición de bienes y suministros dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto.

La adjudicación directa de menor cuantía se utiliza para la contratación de obras, servicios generales y de consultoría y para la adquisición de bienes cuyo monto sea igual o inferior a la décima parte del límite máximo establecido por la Ley Anual de Presupuesto para la adjudicación directa; este procedimiento se regirá por los principios previstos en el artículo 3 de la presente ley, en lo que le fuera aplicable".

El artículo 3 menciona como principios que rigen a las contrataciones y adquisiciones del Estado la moralidad, libre competencia, imparcialidad, eficiencia, transparencia, economía, vigencia tecnológica y trato justo e igualitario a todos los contratistas, teniendo como finalidad garantizar que las entidades del Sector Público obtengan bienes y servicios de la calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados.

Según la parte final del artículo 13 de la misma ley, la convocatoria a un proceso de adjudicación directa se efectúa mediante publicación en el diario oficial El Peruano y en otro de circulación nacional o local y la convocatoria a un proceso de adjudicación directa de menor cuantía se hace mediante invitación a no menos de tres postores, en el caso de contratación de obras y consultoría.

En ciertos casos establecidos en el artículo 19 de la propia ley 26850, se puede exonerar de los requisitos de licitación pública y concurso público. Los requisitos y trámites están señalados en dicha norma y las siguientes de su texto.

Estas instituciones de contratación tienen la finalidad de combatir la corrupción. No han sido muy eficientes en lograrlo aunque probablemente este mal sería mucho peor sin ellas. También es verdad que la corrupción en el aparato público no depende primariamente de que las licitaciones y concursos se hagan bien (cosa que muchas veces ocurre). Son problemas más amplios de ética y política que no corresponde tratar aquí.

125. Artículo 77

«Artículo 77.- La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente

aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas.

El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización. Corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales de cada zona en calidad de canon". **(Según el texto modificatorio aprobado por la Ley 26472 del 9 de Junio de 1995).**

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El tratamiento constitucional del Presupuesto de la República como norma de aprobación legislativa comienza con la Constitución de 1856. Antes hubo regulaciones presupuestarias pero no se exigió este formalismo que, en el fondo, no es sino uno de los elementos fundamentales de la relación y control de poder entre Ejecutivo y Legislativo. Sobre las normas existentes previamente, ver los antecedentes del comentario al artículo 80. La norma de la Constitución de 1856 fue la siguiente:

«Constitución de 1856, artículo 9.- La ley fija los ingresos y egresos de la nación, y cualquiera cantidad exigida o invertida contra su tenor expreso, será de la responsabilidad solidaria del que lo ordena, del que lo ejecuta, y del que lo recibe si no prueba su inculpabilidad».

Con ligeras variantes de redacción, el mismo significado normativo se encuentra en el artículo 9 de la Constitución de 1860, en el artículo 8 de la Constitución de 1867 y en el artículo 9 de la Constitución de 1920. Este, sin embargo, obliga a la publicación de los presupuestos:

«Constitución de 1920, artículo 9.-

[...]

La publicación inmediata de los presupuestos y de las cuentas de gastos de los Poderes Públicos y de todas sus secciones y dependencias, es obligatoria bajo responsabilidad de los infractores».

Además, la misma Constitución de 1920 establece la forma de aprobación y la imposibilidad de que no haya presupuesto alguno que ejecutar:

«Constitución de 1920, artículo 86.- El Congreso votará todos los años el Presupuesto General de la República que deba regir en el próximo año. Por ningún motivo podrá gobernarse sin presupuesto y si por cualquier causa no quedare expedito antes de comenzar el nuevo año, el Congreso, ya sea que se halle en funciones o que sea convocado especialmente, resolverá que mientras se vota el presupuesto definitivo rija provisionalmente por doceavas partes el presupuesto del año anterior o el presentado por el Gobierno para sustituirlo».

La Constitución de 1933, en su artículo 9, no quita ni añade nada significativo a las disposiciones de la Constitución de 1920.

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las normas de la Constitución de 1979 que constituyen antecedentes de la que ahora comentamos son las siguientes:

"*Artículo 121.- Corresponde a las zonas donde los recursos naturales están ubicados, una participación adecuada en la renta que produce su explotación, en armonía con una política descentralista. Su procesamiento se hace preferentemente en la zona de producción*".

"*Artículo 138.- La administración económica y financiera del Gobierno Central se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. Las instituciones y personas de derecho público así como los gobiernos locales y regionales se rigen por los respectivos presupuestos que ellos aprueban.*

La ley determina la preparación, aprobación, consolidación, publicación, ejecución y rendición de cuentas de los presupuestos del Sector Público así como la responsabilidad de quienes intervienen en su administración".

Ambas Constituciones concuerdan en lo siguiente:

- Que la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto anual que aprueba el Congreso.
- Que los territorios en los que existen recursos naturales en explotación, tienen derecho a participar en los beneficios económicos de los mismos.

Los detalles de ambas disposiciones, sin embargo, son distintos. En materia de presupuesto, la Constitución de 1993 establece dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas. La Constitución de 1979 discriminaba con mayor matiz entre estas últimas. El significado normativo, sin embargo, es el mismo en el plano de generalidad que corresponde a las normas constitucionales.

También en materia de presupuesto la Constitución de 1993 establece que *"El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución corresponden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización"*. Estas disposiciones no existían en la Constitución de 1979. Podría decirse que los criterios de eficiencia y de descentralización estaban, con toda claridad, en el espíritu de las normas de 1979 integralmente consideradas. Sin embargo, la Constitución de 1993 focaliza el gasto público en las necesidades sociales básicas, que es un parámetro importante no existente en la Constitución de 1979, al menos declarado expresamente. Tampoco podría entenderse que en el contexto general, la Constitución de 1979 previera una norma de ese tipo porque el gasto público en ella también correspondía a muchas otras actividades de ejecución, intervención y promoción que hacía el Estado y que no estaban ligadas estrictamente a las necesidades básicas.

En referencia al tipo de participación que corresponde a los territorios donde existen recursos naturales, la Constitución de 1979 establecía que ella se hacía tomando como base la renta que producía la explotación. Añadía que el procesamiento del recurso natural se hacía preferentemente en la zona de producción.

La Constitución de 1993, luego de la modificación hecha a esta parte por la Ley 26472 del 9 de junio de 1995, establece que la participa-

ción debe ser adecuada en relación al total de ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales. La base sobre la cual se calcula la participación es entonces distinta: constituye una parte de la que corresponde al Estado. En la Constitución de 1979 era una parte de la renta que se producía para quien explotaba el recurso.

Desde luego, la norma de que el procesamiento de los recursos naturales extraídos se hace preferentemente en la zona de la cual emergen, no está en la Constitución de 1993 que, de acuerdo a su orientación predominantemente neoliberal, prefiere dejar esto a decisión de las fuerzas del mercado de producción y por ello ha eliminado la prescripción.

Análisis exegético

Según el artículo 1 de la Ley 26703 del 09 de diciembre de 1996, se establece lo siguiente:

"Ley 26703, artículo 1.- La presente ley establece las normas fundamentales que rigen las distintas fases del proceso presupuestario, los criterios técnicos y los mecanismos operativos que permitan optimizar la gestión administrativa y financiera del Estado, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 77 y 58, en la parte pertinente, de la Constitución Política del Perú".

Puede verse que el sistema de presupuesto busca ordenar el uso de los recursos fiscales y lograr eficiencia en el cumplimiento de las funciones del Estado. Tiene por tanto diversas etapas. En lo esencial, el Presupuesto es un conjunto de procedimientos de manejo de los ingresos y egresos fiscales, regulados jurídicamente mediante la Ley de Presupuesto que todos los años aprueba el Congreso. Si éste no la aprobara en el plazo establecido que es el 30 de noviembre de cada año según el segundo párrafo del artículo 80, dicha aprobación será realizada mediante Decreto Legislativo por el Poder Ejecutivo. Si no existe ley de presupuesto, el Estado no puede realizar ningún gasto sin incurrir en ilicitud.

Dice el artículo 77 de la Constitución, que la estructura del presupuesto contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas. En realidad la estructura así descrita es bastante genérica porque, en detalle, es bastante más compleja. Dice la Ley 26703:

"Ley 26703, artículo 9.- La dinámica operativa del presupuesto contempla los siguientes niveles:

a) Un nivel institucional, que comprende los Pliegos Presupuestarios a que se refiere el artículo 7 de la presente ley (194).

b) Un nivel funcional programático, que consta de las siguientes categorías:

- Función, corresponde al nivel máximo de agregación de las acciones de Gobierno, para el cumplimiento de los deberes primordiales del Estado.
- Programa, es el desagregado de la Función que refleja acciones interdependientes con la finalidad de alcanzar objetivos y metas finales, mediante la combinación de recursos humanos, materiales y financieros, sirviendo de enlace entre la programación de largo y mediano plazo y el Presupuesto Anual.
- Cada Programa contempla la consecución de objetivos típicos y atípicos para la realización de la función a la que sirve.
- Subprograma, es el desagregado del Programa que representa los objetivos parciales identificables dentro del producto final de un Programa.
- Proyectos y Actividades, que representan el conjunto de acciones destinadas a la materialización de las metas trazadas en base a los objetivos contemplados en los programas y subprogramas, constituyéndose en instrumentos efectivos para la realización de los mismos, distinguiéndose de la siguiente forma:

  i) Proyecto, es el conjunto de operaciones limitadas en el tiempo, de las cuales resulta un producto final (metas

---

(194) El artículo 7 dice: "Constituyen pliegos presupuestarios, las entidades del Sector Público, a las que se le aprueba una asignación en el presupuesto Anual, para el cumplimiento de las actividades y/o proyectos a cargo de la unidad o unidades gestoras que lo conforman, de acuerdo a los objetivos y metas determinadas para un ejercicio.
Por ley se autoriza la creación o supresión de pliegos presupuestarios".

presupuestarias), que concurre a la expansión de la acción de Gobierno.

ii) Actividad, es el conjunto de tareas necesarias para mantener, en forma permanente y continua, la operatividad de la acción de gobierno".

Puede verse que, desde el punto de vista de las actividades, el Presupuesto tiene una vocación de cumplimiento cualitativo al estar organizado por programas, sub-programas, actividades y proyectos, que son las unidades más desagregadas. Se supone que de esta manera, se dará mayor eficiencia al trabajo global del Estado.

La ley 26703 añade muchas otras normas de importancia para efectos de la gestión presupuestaria del Estado.

El segundo párrafo establece diversos principios de organización del presupuesto:

- Asigna equitativamente los recursos públicos. Es decir, que debe distribuirlos de manera equilibrada entre los diferentes volúmenes que, en otras palabras, equivale a la distribución entre los diversos entes estatales para que puedan realizar adecuadamente su trabajo. Esta distribución equitativa debe ocurrir tanto en el gasto corriente como en el de inversión.

  En la práctica, sin embargo, es consenso entre quienes trabajan sobre materias presupuestales que el Gobierno Central concentra buena parte del gasto y, tal vez, una mucho mayor que la que puede y debería gastar. Lo hace para tener la posibilidad de realizar él mismo las obras públicas principales, lo que le suele dar réditos políticos. Una mayor descentralización del gasto, sobre todo de inversión, en favor de los municipios, y de las regiones cuando queden establecidas, beneficiará la equidad en la distribución de los recursos públicos y, sin lugar a dudas, dará mayor eficiencia a su utilización.

- El presupuesto debe ser eficiente en todos sus aspectos, es decir, debe buscar obtener los mejores resultados posibles con los recursos a disposición. Para ello, la organización por programas, activi-

dades y proyectos tiene una ventaja clara sobre formas anteriores, menos orientadas a la acción. Sin embargo, es muy importante que también la evaluación y el control presupuestales busquen eficiencia. Muchas veces ocurre lo contrario en el sector público: se analiza los aspectos formales del gasto en el sentido que se haya dado las autorizaciones pertinentes, que las cantidades sean las debidas y que se haya cumplido los demás trámites que fueren necesarios (licitaciones, concursos públicos, etc.). Pero no se analiza los resultados en el sentido de que todo ello haya servido para el objetivo propuesto. Este principio debe orientar a lograr una evaluación cada vez más adecuada al cumplimiento de los propósitos de la actividad pública.

- El presupuesto debe estar orientado a satisfacer, en la medida de lo posible, las necesidades sociales básicas. El Perú es un país de pobreza extendida y la labor del Estado debe orientarse a crear las condiciones en que toda la población pueda obtener lo necesario para vivir. No debe entenderse este principio como la obligación del Estado de distribuir los recursos públicos para consumo de la población (aunque en ciertas circunstancias extraordinarias dicha acción humanitaria debe ser realizada). Se trata, más bien, de utilizar los recursos públicos para facilitar las condiciones de empleo y creación de riqueza que permitan a todos tener acceso a lo necesario para satisfacer sus necesidades básicas.

- El principio de descentralización, que significa la necesidad de distribuir adecuadamente los recursos del Estado entre el Gobierno Central, las entidades autónomas, los gobiernos locales y, cuando finalmente existan, los regionales. En esto el Perú es un país sumamente atrasado porque el grado de concentración del gasto público es altísimo. Desgraciadamente ocurre que quien gasta, sobre todo en inversiones, adquiere buenos resultados políticos a ojos de la población y, así, es muy difícil que el gobierno central tenga el desprendimiento suficiente como para hacer que las obras las hagan otros. Sin embargo, muchas veces tendrán mayor racionalidad las obras que se decidan en el plano regional y local, que no las que sean determinadas en el plano nacional. Este no es un problema técnico sino político en el más estricto ámbito del manejo del poder político. Por ello es tan difícil lograr que los recursos públicos se

descentralicen efectivamente. (Sobre el gasto público concentrado, ver nuestros comentarios a la parte de gobiernos locales, particularmente a propósito del artículo 193).

La parte final del artículo manda que las circunscripciones territoriales en las que se exploten recursos naturales, tengan una participación adecuada en el total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado. Dice la Constitución que esta participación se denomina *canon*, pero no es un nombre feliz porque, generalmente, éste consiste en una "prestación pecuniaria periódica que grava una concesión gubernativa o un disfrute en el dominio público" según el Diccionario de la Real Academia y, aquí, no estamos ante ninguna de las dos hipótesis. No obstante, éste es un asunto menor que no debe afectar la corrección y justicia de la norma en función de la realidad nacional.

Como se sabe, este párrafo es resultado de una modificación legislativa mediante la Ley 26472 del 09 de junio de 1995 porque, según el texto original, la participación debía ocurrir sobre el impuesto a la renta. La norma actual es mejor porque amplía la base sobre la cual debe ser calculada la participación.

126. Artículo 78

«Artículo 78.- El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año.

En la misma fecha, envía también los proyectos de ley de endeudamiento y de equilibrio financiero.

El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado.

Los préstamos procedentes del Banco Central de Reserva o del Banco de la Nación no se contabilizan como ingreso fiscal.

No pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente.

No puede aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

Las normas de la Constitución de 1979 que anteceden a esta que comentamos son las siguientes:

"Artículo 197.- El Presidente de la República remite al Congreso, dentro de los treinta días siguientes a la instalación de la Primera Legislatura Ordinaria anual, el proyecto de presupuesto del Sector Público para el año siguiente. No puede presentarse proyecto cuyos egresos no están efectivamente equilibrados con los ingresos.

El proyecto de presupuesto es estudiado y dictaminado por una comisión mixta integrada por ocho Senadores y ocho Diputados. El dictamen es debatido y el proyecto de ley de presupuesto votado en sesión de Congreso. La votación de Diputados y Senadores se computa separadamente para establecer el porcentaje respectivo. La suma de los porcentajes favorables y de los desfavorables determina el resultado de la votación".

"Artículo 199.- En la Ley de Presupuesto no pueden constar disposiciones ajenas a la materia presupuestaria ni a su aplicación.

No pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente, ni aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública. Los Representantes a Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo lo dispuesto en el artículo 177.

Las leyes de carácter tributario que sean necesarias para procurar ingresos al Estado, deben votarse independientemente y antes de la Ley de Presupuesto. Los créditos suplementarios, transferencias y habilitaciones de partidas se tramitan ante el Congreso en igual forma que la Ley de Presupuesto; o, en receso parlamentario, ante la Comisión Permanente. La decisión aprobatoria de ésta requiere el voto conforme de los dos tercios de sus miembros".

Ambas Constituciones establecen que corresponde al Presidente de la República enviar el proyecto de Presupuesto al Congreso. Es, así, un acto del Poder Ejecutivo y del más alto nivel.

El plazo para hacerlo es ligeramente distinto en las dos Constituciones pero sólo por días: en la de 1979 se establecía la presentación dentro de los treinta días siguientes a la instalación de la legislatura que, también según la Constitución, comenzaba el 27 de Julio de cada año. En la Constitución de 1993 el plazo es el 30 de Agosto.

También establecen las dos Constituciones las siguientes normas:

- El proyecto de presupuesto debe estar equilibrado en ingresos y egresos.
- No pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente.
- No puede aprobarse presupuesto sin partida para el servicio de la deuda pública.

La Constitución de 1979 establecía que las leyes de carácter tributario necesarias para asegurar los ingresos fiscales debían votarse independientemente de la Ley de Presupuesto. La Constitución de 1993 establece que junto al proyecto de ley de presupuesto, el Presidente envía también los proyectos de Ley de Endeudamiento y de equilibrio financiero.

Finalmente, la Constitución de 1993 manda que los préstamos del Banco Central de Reserva o del Banco de la Nación al Fisco, no se contabilicen como ingreso fiscal. La norma no existía en la Constitución de 1979.

Análisis exegético

El Presupuesto General de la República es aprobado por una ley que tiene un procedimiento especial, regulado en la Constitución. Se supone que para una debida fiscalización legislativa, debe haber un lapso suficiente de trabajo sobre la base de un proyecto integral. Por ello, la primera parte del artículo 78 obliga a enviar el proyecto de presupuesto el 30 de Agosto como máximo. Al decir que lo envía el Presidente de la

República, el artículo constitucional está mandando, obviamente, que la iniciativa en la formulación del proyecto la tiene el Poder Ejecutivo. Hay que recordar que según el inciso 1 del artículo 125, corresponde al Consejo de Ministros aprobar los proyectos de ley que el Presidente de la República somete al Congreso. Consiguientemente deberá obrarse así con el proyecto de Presupuesto.

Paralelamente, deberá enviar los proyectos de ley de endeudamiento y de equilibrio financiero, que contienen normas sobre lo siguiente:

- La ley de endeudamiento, el monto máximo, condiciones y requisitos de las operaciones de endeudamiento a plazos mayores de un año que podrá acordar o garantizar el Gobierno Central para el Sector Público durante 1997. A estos efectos, se considera operación de endeudamiento a toda modalidad de financiamiento, incluidas las garantías y asignaciones de líneas de crédito, que tengan por objeto la adquisición de bienes y servicios, así como el apoyo a la balanza de pagos, a plazos mayores de un año, acordadas con personas naturales o jurídicas. Es muy fácil resumir estos contenidos a partir de las normas generales de las leyes de endeudamiento y equilibrio financiero que se aprueban anualmente.

- La ley de equilibrio financiero establece los criterios, fuentes y uso de recursos que permiten lograr el equilibrio financiero del Presupuesto del Sector Público. También puede este contenido corroborarse en las normas de equilibrio financiero que se aprueban anualmente con la Ley de Presupuesto.

Que el proyecto presupuestal esté efectivamente balanceado quiere decir que los ingresos y los egresos presupuestales deben coincidir en cifras. El problema usual en esta materia consiste en que los egresos sean mayores que los ingresos. En ese caso se produce un déficit presupuestal que, en las ejecuciones desordenadas, es cubierto con emisión inorgánica de dinero que, a la larga desequilibra la economía y produce inflación.

Por consiguiente, el adecuado balance del presupuesto consiste en controlar los gastos hasta el nivel de los ingresos. Desde luego, puede ocurrir que el Presupuesto complemente ingresos con endeudamiento pú-

blico tanto interno como externo. Pero ante estas medidas habrá que controlar que se pueda siempre repagar la deuda con los ingresos futuros previsibles. Todo ello es desarrollado en las leyes de equilibrio fiscal y de endeudamiento antes mencionadas.

En la medida que lo importante es no desbalancear el presupuesto, se prohibe que se contabilice como ingreso fiscal los préstamos procedentes del Banco Central de Reserva o del Banco de la Nación. La razón es obvia: si se permite tal cosa, en realidad se estará realizando emisión inorgánica de dinero, el financiamiento no será tal sino un espejismo y se producirá inflación.

Por ello mismo, el artículo 84 de la Constitución establece en su parte final: "El Banco (Central de Reserva) está prohibido de conceder financiamiento al erario, salvo la compra, en el mercado secundario, de valores emitidos por el Tesoro Público, dentro del límite que señala su ley orgánica". Esto último se permite porque forma parte del endeudamiento interno que deberá ser aprobado por las leyes de endeudamiento y de equilibrio financiero. Si se hace dentro de parámetros definidos, no tiene porqué afectar la tasa inflacionaria.

Otra norma de salud financiera para el presupuesto es la de no cubrir con empréstitos los gastos de carácter permanente y la razón es nuevamente clara: los préstamos hay que repagarlos y para ello las inversiones en que sean utilizados deberán generar los réditos correspondientes. Si el endeudamiento se utiliza en el gasto corriente será consumido y, luego, no habrá dinero adicional producido para el repago. Con ello, se conducirá al erario a una crisis de falta de recursos para hacer frente a las deudas pendientes y se generará un problema financiero mayor, con graves repercusiones en la economía.

Finalmente, se establece que no puede aprobarse presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública. Esta norma tiene varias finalidades:

- Garantizar a los adquirentes de títulos de deuda pública que sus inversiones serán devueltas.
- Garantizar a los prestamistas e inversionistas extranjeros que los recursos que coloquen en la deuda peruana serán pagados.

- Cumplir con los requerimientos de seriedad en materia financiera que el mundo de las finanzas internacionales establece.
- Evitar que, en el futuro, el Perú pueda incurrir en moratorias unilaterales que lo perjudiquen en el largo plazo.

127. Artículo 79

> *«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.*
>
> *Sólo por ley expresa, aprobada por dos tercios de los congresistas, puede establecerse selectiva y temporalmente un tratamiento tributario especial para un determinada zona del país.»*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1920 se refirió a dos formas concretas de incremento de gasto por los parlamentarios:

«Constitución de 1920, artículo 85.- El Congreso no podrá otorgar gracias personales que se traduzcan en gastos del Tesoro, ni aumentar el sueldo de los funcionarios y empleados públicos sino por iniciativa del Gobierno».

Con diferentes palabras, el artículo 120 de la Constitución de 1933 establece las mismas disposiciones dadas por la Constitución de 1920.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo que constituye precedente del que comentamos en la Constitución de 1979 es el siguiente:

"Artículo 199.- En la Ley de Presupuesto no pueden constar disposiciones ajenas a la materia presupuestaria ni a su aplicación.

No pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente, ni aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública. Los Representantes a Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo lo dispuesto en el artículo 177.

Las leyes de carácter tributario que sean necesarias para procurar ingresos al Estado, deben votarse independientemente y antes de la Ley de Presupuesto. Los créditos suplementarios, transferencias y habilitaciones de partidas se tramitan ante el Congreso en igual forma que la Ley de Presupuesto; o, en receso parlamentario, ante la Comisión Permanente. La decisión aprobatoria de ésta requiere el voto conforme de los dos tercios de sus miembros".

Ambas Constituciones establecen que los representantes a Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos salvo en lo que se refiere al propio presupuesto del Congreso.

A esta norma, el artículo 79 de la Constitución de 1993, añade las siguientes:

- Que el Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados, salvo que lo proponga el Poder Ejecutivo.
- Que las leyes que concedan beneficios o exoneraciones tributarias requieren informe previo del Ministro de Economía y Finanzas.
- Que el tratamiento tributario especial para una determinada zona del país, sólo puede darse mediante ley aprobada por dos tercios de los congresistas.

Análisis exegético

El primer párrafo del artículo 79 sólo permite que los congresistas

tomen iniciativa para crear o aumentar el gasto público en referencia al Presupuesto del Congreso. Les está impedido hacerlo en todos los demás ámbitos del Presupuesto de la República.

La función del congresista no consiste en predeterminar el gasto, sino en controlar que el Ejecutivo elabore un presupuesto equilibrado y adecuado a las necesidades del país. Puede votar a favor o en contra del presupuesto, pero no puede intervenir en su modificación.

Desde luego, la Comisión de Presupuesto realiza un estudio del proyecto que presenta el Ejecutivo y sugiere modificaciones que el Ministro de Economía y Finanzas suele hacer suyas. De tal manera que al final el Presupuesto queda aprobado debidamente. Sin embargo, más de una vez no se llegó a acuerdo y entonces, al no haber sido votado en el plazo previsto, fue mandado cumplir mediante Decreto Legislativo.

La prohibición a los congresistas de ejercer iniciativa en el gasto proviene de una antigua costumbre existente en los Congresos de los años cincuenta y sesenta que se llamaba la partida de *iniciativas parlamentarias*. Consistía ella en un cajón de sastre en el que se preveía el dinero necesario para las obras que pedían los parlamentarios para los territorios que los elegían. Era una forma de paternalismo político que luego era retribuida en votos por las obras apadrinadas.

La cuenta de *iniciativas parlamentarias* desbalanceaba cualquier presupuesto porque los mismos congresistas proponían y aprobaban. A partir de la Constitución de 1979, y en base a esta experiencia, se estableció la saludable prohibición que comentamos.

El segundo párrafo prohíbe aprobar tributos con fines predeterminados, si no es a solicitud del Poder Ejecutivo. Tras esta norma se halla la idea de que no existen actividades públicas que, por sí mismas, merezcan tener una cuota determinada de la carga tributaria que soportan las personas. Por el contrario, se pretende que todos los recursos fiscales ingresen a una caja común y, previendo su monto, se elabore un presupuesto por asignación de recursos a las tareas e inversiones que en cada circunstancia se consideren más adecuadas. Las necesidades y urgencias cambian y no se puede tener recursos amarrados a una finalidad durante un cierto número de años, que puede ser muy importante al inicio y un

lastre luego. En el fondo, si los congresistas tuvieran iniciativa para proponer estos tributos de fin predeterminado, en realidad por esa vía asignarían gastos al presupuesto.

Por ello, sólo se acepta tal posibilidad a solicitud del Poder Ejecutivo. Ello quiere decir que para que haya tributos con fines específicos, debe haber concordancia en establecerlos entre el Ejecutivo (que es el único que puede proponerlos) y el Legislativo (que es el único que puede aprobarlos).

Con el tercer párrafo del artículo se busca controlar aquellas circunstancias en las que, por razones distintas a las puramente técnicas, se establezcan beneficios tributarios a las personas que reduzcan la recaudación fiscal. Como en todo asunto tributario que no sea referido a aranceles y tasas, la decisión definitiva será del Congreso. Sin embargo, deberá pedir informe del Ministro de Economía y Finanzas. No tiene el Congreso que seguir las recomendaciones del Ministro, pero sí debe escucharlo antes de tomar la decisión. La Constitución dice en este caso que se pide informe al *Ministerio*, pero es una equivocación porque quien dialoga con el Congreso y es responsable de las políticas es el Ministro. El Ministerio es un ente de administración que apoya las decisiones del Ministro. Es un desliz menor del lenguaje que debiera ser corregido.

Finalmente, se abre la posibilidad de dar tratamiento especial en materia tributaria a ciertas zonas del país, pero ello requerirá alto consenso: dos tercios de los congresistas conformes con la medida. Estos beneficios consisten, particularmente, en el establecimiento de *zonas francas* en las que no se cobra los tributos que se señale en la ley de creación, con la finalidad de promover en dicho lugar determinadas actividades productivas y, modernamente, sobre todo de comercio exterior. Los tributos de que se suele exonerar en estos casos son los aranceles de importación y el impuesto a las ventas. Ello hace que sea significativamente más barato comprar en dichos lugares, lo que eleva el valor total de las transacciones y dinamiza la economía del lugar.

En el Perú existe el Decreto Legislativo 704 del 05 de noviembre de 1991, que contiene la Ley de zonas francas, zonas de tratamiento especial comercial y zonas especiales de desarrollo.

Sus principales disposiciones son las siguientes:

«Decreto Legislativo 704, artículo 3.- Las zonas francas son las áreas geográficas del territorio nacional perfectamente delimitadas, dedicadas a actividades industriales o turísticas que gozan de un régimen especial en materia aduanera, tributaria y laboral, de acuerdo a lo que establece el presente Decreto Legislativo.

Las zonas francas industriales deben estar orientadas a la promoción y desarrollo de la industrialización de bienes y servicios, destinados a la exportación. No están comprendidas, en ningún caso, las actividades extractivas y exportadoras de recursos naturales no transformados.

Las zonas francas turísticas deben estar orientadas a la promoción y desarrollo del turismo, sea este nacional o extranjero, en zonas que hayan tenido una escasa participación dentro del flujo de turistas, pero que cuenten con importantes recursos a ser desarrollados en este campo".

«Decreto Legislativo 704, artículo 4.- Las Zonas de Tratamiento Especial Comercial son áreas del territorio nacional perfectamente delimitadas, dedicadas exclusivamente a actividades comerciales, que gozan del régimen especial establecido en el presente Decreto Legislativo. Están ubicadas en las Zonas de Frontera y de Selva del país y se abastecen a través de los depósitos francos regulados en el correspondiente reglamento».

«Decreto Legislativo 704, artículo 5.- Las zonas especiales de desarrollo son áreas geográficas del territorio nacional en las que, por alguna situación de excepción, el Estado promueve programas de desarrollo orientados a fomentar actividades de interés nacional, regional o local que permitan la inversión pública o privada a fin de crear las condiciones sociales y económicas que propicien la pacificación.

Estas zonas gozan de un régimen especial en materia aduanera, tributaria y laboral, de acuerdo a lo que establece el presente Decreto Legislativo; y la producción de sus bienes y servicios podrá ser comercializada en el resto del territorio nacional».

Estimamos que el contenido de estas disposiciones se explica por

sí mismo y no requiere mayor comentario y descripción. Lo cierto es que en todas ellas existen fórmulas de tratamiento tributario especial y, por consiguiente, desde la aprobación de la Constitución de 1993, requieren del voto conforme de los dos tercios de los congresistas para ser establecidas.

128. Artículo 80

> *«Artículo 80.- El Ministro de Economía y Finanzas sustenta, ante el Pleno del Congreso, el pliego de ingresos. Cada ministro sustenta los pliegos de egresos de su sector. El Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones sustentan los pliegos correspondientes a cada institución.*
>
> *Si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo hasta el treinta de noviembre entra en vigencia el Proyecto de éste, que es promulgado por decreto legislativo.*
>
> *Los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso tal como la Ley de Presupuesto. Durante el receso parlamentario se tramitan ante la Comisión Permanente. Para aprobarlos, se requiere los votos de los tres quintos del número legal de sus miembros.»*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El artículo 95 de la Constitución de 1826 establecía que los presupuestos debían ser hechos y rendidos en cada ramo por los secretarios de Estado:

«Constitución de 1826, artículo 95.- Formarán los presupuestos anuales de los gastos que deban hacerse en sus respectivos ramos; y rendirán cuenta de los que se hubieren hecho en el año anterior».

La Constitución de 1828 estableció como responsabilidad del Ministro de Hacienda presentar estado de ingresos y egresos y presupuesto general de los gastos públicos del año siguiente al Congreso:

«Constitución de 1828, artículo 99.- El ministro de Hacienda presentará anualmente a la Cámara de Diputados un estado general de los ingresos y egresos del tesoro nacional, y asimismo el presupuesto general de todos los gastos públicos del año entrante con el monto de las atribuciones y rentas nacionales».

Los artículos 90 de la Constitución de 1834; 93 de la Constitución de 1839; 95 de la Constitución de 1856 y 102 de la Constitución de 1860 (modificado por Ley del 21 de Agosto de 1889), establecen con diferencias de redacción, las mismas normas contenidas en el artículo precedentemente citado.

La Constitución de 1867 dijo sobre el tema:

«Constitución de 1867, artículo 94.- El Ministro de Hacienda presentará además con la Memoria, la cuenta general del año anterior y el presupuesto para el siguiente.

La falta de cumplimiento de esta disposición produce de hecho los efectos del voto de censura a que se refiere el artículo 88".

La Constitución de 1920 dijo en su artículo que son atribuciones del Congreso:

«Constitución de 1920, artículo 83.- Son atribuciones del Congreso:

[...]

5.- Imponer contribuciones con sujeción a lo dispuesto en el artículo 7, suprimir las establecidas, sancionar el presupuesto y aprobar o desaprobar la cuenta de gastos que presente el Poder Ejecutivo conforme al artículo 129.

[...]».

La Constitución de 1933 le da la forma contemporánea que hoy tiene este importante tema de relación entre Ejecutivo y Legislativo:

«Constitución de 1933, artículo 177.- El Ministro de Hacienda remitirá a la Cámara de Diputados, dentro de los treinta días siguientes a la instalación del Congreso en Legislatura Ordinaria, con la correspondiente exposición de motivos, el proyecto de presupuesto General de la República para el año próximo.

Una copia de la Exposición de Motivos y del proyecto de Presupuesto será remitida por el Ministro al Senado.

Enviará también, dentro del mismo plazo, al Senado y a la Cámara de Diputados, la Cuenta General de las entradas y de los gastos de la República, correspondiente al ejercicio del año fiscal anterior, con el informe del funcionario encargado del control de la ejecución del Presupuesto.

La Cuenta será sometida al estudio de una Comisión de Senadores y de Diputados, que tendrá todas las facultades de las Comisiones parlamentarias de Investigación».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos que precedían al que comentamos en la Constitución de 1979 son los siguientes:

"*Artículo 198.- Si el proyecto de presupuesto no es votado antes del quince de diciembre entra en vigencia el proyecto del Poder Ejecutivo, el cual lo promulga mediante decreto legislativo*".

"*Artículo 199.- En la Ley de Presupuesto no pueden constar disposiciones ajenas a la materia presupuestaria ni a su aplicación.*

No pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente, ni aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública. Los Representantes a Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo lo dispuesto en el artículo 177.

Las leyes de carácter tributario que sean necesarias para procurar ingresos al Estado, deben votarse independientemente y antes de la Ley de Presupuesto. Los créditos suplementarios, transferencias y habilitaciones de partidas se tramitan ante el Congreso en igual forma que la Ley de Presupuesto; o, en receso parlamentario, ante la Comisión Permanente. La decisión aprobatoria de ésta requiere el voto conforme de los dos tercios de sus miembros".

"*Artículo 239.- La Corte Suprema de Justicia, por intermedio de uno de sus miembros, tiene derecho de concurrir a las Cámaras Legislativas para tomar parte sin voto en la discusión de los proyectos de ley que presenta y de la Ley de Presupuesto de la República en lo concerniente al Poder Judicial*".

La Constitución de 1993 establece normas referentes a la sustentación de las diversas partes del Presupuesto ante el Congreso, que no consideraba la Constitución de 1979, salvo en lo referente al Poder Judicial pues su artículo 239 establecía que uno de los miembros de la Corte Suprema concurría en nombre de ella al Congreso para participar con voz en el debate del presupuesto del Poder Judicial.

De distinta manera, las dos Constituciones prevén solución al caso en que el Congreso no apruebe la ley de presupuesto: ordenan promulgarla mediante Decreto Legislativo. La Constitución de 1979 daba como plazo para la votación del Proyecto el 15 de Diciembre. La de 1993 da el 30 de noviembre como plazo para que la autógrafa de la ley, esto es, debidamente aprobada por el Congreso, sea remitida al Presidente de la República.

El Trámite previsto por ambas Constituciones para los créditos suplementarios, las transferencias y habilitaciones de partidas es el mismo, salvo que la Constitución de 1979 requería mayoría de dos tercios para que la Comisión Permanente realizara estas aprobaciones, en tanto que en la Constitución de 1993, se requiere los tres quintos en el mismo caso.

Análisis exegético

El primer párrafo establece las reglas de competencia de los diversos órganos constitucionales del Estado que pueden sustentar por sí mismos ante el Congreso, los diversos pliegos del Presupuesto.

El responsable de las finanzas del Estado es el Ministro de Economía y Finanzas y, por consiguiente, es al que le corresponde sustentar ante el Congreso el pliego de ingresos, que serán las fuentes de financiamiento del Presupuesto, es decir, del gasto de todas las entidades del Estado.

Luego, corresponde a cada Ministro sustentar ante el Congreso los pliegos de egresos de su sector. De acuerdo a otras normas de la Constitución, el Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones sustentan sus respectivos pliegos. Se da este tratamiento excepcional a dichos órganos para que el Poder Ejecutivo no pueda manipularlos a través del recorte de egresos que pudieran serle perjudiciales porque signifiquen mayor control a su gestión, según las normas que establece la Constitución. Estimamos que también debería haber sido dada la potestad de defender el pliego de egresos de manera directa al Presidente del Tribunal Constitucional, que ejerce un control muy importante sobre Ejecutivo y Legislativo. No ha sido así.

A la inversa, se ha dado al Defensor del Pueblo la atribución de presentar su proyecto de presupuesto ante el Poder Ejecutivo y la de sustentarlo en dicha instancia y ante el Congreso. Sin embargo, ello ha sido establecido en el párrafo final del artículo 162 y no fue recogido en éste que tratamos. Como resulta elemental: el Defensor tiene estas atribuciones y las puede ejercitar con pleno valor constitucional. Sería, sin embargo, aconsejable incorporarlo en el artículo 80 en una próxima modificación constitucional.

En referencia al Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, hay que hacer notar que en esta Constitución el Sistema Electoral tiene tres órganos: El Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. El Presidente del Jurado Nacional de Elecciones no sólo presenta el presupuesto de dicho organismo sino los de todos los órganos del sistema. Así se establece en el párrafo final del artículo 178 de la Constitución:

"Constitución, artículo 178.- Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

[...]

Presenta al Poder Ejecutivo el proyecto de Presupuesto del Sistema Electoral que incluye por separado las partidas propuestas por cada entidad del sistema. Lo sustenta en esa instancia y ante el Congreso".

Sobre este tema ocurrieron problemas prácticos entre los diversos organismos del Sistema y entonces se dictó la Ley 26533 del 02 de Octubre de 1995, que estableció lo siguiente sobre materias presupuestales:

"Ley 26533, artículo 5.- La estructura del presupuesto del Sistema Electoral está conformada por tres pliegos presupuestales: el del Jurado Nacional de Elecciones, el de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, los mismos que están incluidos en el Volumen 01 - Gobierno Central del Presupuesto del Sector Público».

«Ley 26533, artículo 6.- El Presidente del Jurado Nacional de Elecciones ejerce la titularidad del pliego de este Organo Electoral; el Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales ejerce la titularidad del pliego de esta Oficina; y la titularidad del pliego del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil se ejerce por su Jefe».

«Ley 26533, artículo 7.- El Presidente del Jurado Nacional de Elecciones presenta al Poder Ejecutivo el proyecto de presupuesto del Sistema Electoral que incluye por separado las partidas de los pliegos presupuestales de cada Organo Electoral. Lo sustenta ante esa instancia y ante el Congreso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 80 y 178 de la Constitución Política del Perú. A dichos actos también asisten, en forma obligatoria, el Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil con el propósito de absolver cualquier consulta en temas de su competencia».

«Ley 26533, artículo 9.- Corresponde al Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, únicamente efectuar las coordinaciones necesarias para una presentación oportuna del Proyecto de Presupuesto del Sistema Electoral diferenciando cada pliego que lo conforma. Corresponde a cada titular de pliego del Sistema Electoral la responsabilidad en su ejecución de acuerdo a las leyes pertinentes».

Como puede apreciarse, se ha mantenido el principio de que el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones sustenta el presupuesto de todo el sistema, pero se ha añadido la asistencia obligatoria de los jefes de los otros dos órganos para *absolver cualquier consulta*. Esta es una medida razonable porque el Presidente del Jurado puede no conocer bien los requerimientos del trabajo de los demás y, en ciertos casos, puede hasta competir con ellos en asuntos concretos.

El segundo párrafo se pone en la hipótesis de que el Congreso no apruebe el presupuesto hasta el 30 de noviembre del año anterior al de su vigencia. En ese caso se corre el peligro de quedar sin presupuesto para el año siguiente, paralizándose toda actividad gubernativa, pues no se podría gastar en absolutamente nada por falta de ley.

La Constitución ha solucionado el problema estableciendo que el Proyecto del Ejecutivo es en ese caso promulgado por decreto legislativo. Se produce así la curiosa situación de que se dicte, por mandato de la Constitución, un decreto legislativo para el que no ha habido delegación de funciones por el Congreso. Este y el del artículo siguiente son los dos únicos casos de decretos legislativos sin delegación en toda la Constitución.

Sobre esto dice Chirinos Soto:

> Pero desaparece el peligro de que no haya presupuesto. Sea porque el Congreso vota la ley correspondiente en el plazo del que dispone para hacerlo -desde el 28 de agosto hasta el 30 de noviembre-; sea porque, a falta de aprobación del Congreso, entrará en vigencia el proyecto que remite el Ejecutivo. Por lo demás, según costumbre ya establecida, el Ministro de Economía y Finanzas puede hacer suyo el proyecto, tal como ya ha sido dictaminado por la Comisión de Presupuesto (195).

Esta medida se toma porque durante el gobierno del Presidente Bustamante y Rivero, se produjo en un momento una *huelga* parlamenta-

---

(195) CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y comentario, Constitución de 1993*. Lima, Empresa Editora Piedul S.R.L., 1995, p. 133.

ria en una de las cámaras y por normas constitucionales entonces vigentes, el Congreso no pudo instalarse. Al llegar Enero del año siguiente al de estos avatares, se produjo la situación de que el Gobierno se encontrara sin presupuesto y sin la posibilidad de reunir a las cámaras. En esa situación el Presidente Bustamante decidió aprobar el presupuesto por decreto. Fue una solución sólida conceptualmente hablando, y adecuadamente medida desde el punto de vista jurídico-político. Lo importante, sin embargo, fue que no dejó de tener norma presupuestal para poder ejercitar el gasto.

Los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas son diversas modificaciones que se van haciendo al Presupuesto conforme avanza su ejecución. Como se trata de aprobación de ingresos y egresos, debe ser hecha también por el Congreso. Por eso dice la Constitución que se tramitan ante el Congreso como la Ley de Presupuesto y, en el receso, ante la Comisión permanente la que, para aprobarlos, requiere tres quintos del número legal de sus miembros.

Esta disposición es coherente con el inciso 3 del artículo 101 de la Constitución que, al tratar de la Comisión Permanente, dice:

"Constitución, artículo 101.- [...] Son atribuciones de la Comisión Permanente:

[...]

3) Aprobar los créditos suplementarios y las transferencias y habilitaciones del Presupuesto, durante el receso parlamentario.

[...]".

La Ley 26703 define estos conceptos en su artículo 39:

"Ley 26703,artículo 39.- Constituyen modificaciones presupuestarias: los créditos suplementarios, las habilitaciones y las transferencias de partidas, así como los créditos y anulaciones presupuestarias.

Son modificaciones presupuestarias en el nivel institucional, al que se refiere el inciso a) del artículo 9 de la presente Ley, los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas.

Se denomina créditos suplementarios, los incrementos de los montos autorizados de ingresos y egresos, debiendo ser aprobados por Ley.

Se denomina habilitaciones y transferencias de partidas, los traslados de recursos entre pliegos presupuestarios, debiendo ser autorizados por ley.

[...]".

129. Artículo 81

> *«Artículo 81.- La Cuenta General de la República acompañada del informe de auditoría de la Contraloría General, es remitida por el Presidente de la República al Congreso en un plazo que vence el quince de noviembre del año siguiente al de ejecución del presupuesto.*
>
> *La Cuenta General es examinada y dictaminada por una comisión revisora dentro de los noventa días siguientes a su presentación. El Congreso se pronuncia en un plazo de treinta días. Si no hay pronunciamiento del Congreso en el plazo señalado, se eleva el dictamen de la Comisión Revisora al Poder Ejecutivo para que éste promulgue un decreto legislativo que contiene la Cuenta General.»*

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La norma que actúa como primer antecedente de este artículo es la de la Constitución de 1828, ya vista a propósito del artículo anterior. Las normas sobre presentación de cuenta general en las diversas Constituciones de la historia han sido también transcritas allá y a ellas nos referimos para no repetirlas.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo que precedía al que ahora comentamos en la Constitución de 1979 era el siguiente:

"Artículo 200.- La Cuenta General, acompañada del informe de la Contraloría General, es remitida al Congreso por el Presidente de la República, durante la Segunda Legislatura Ordinaria del año siguiente al de ejecución del presupuesto.

La Cuenta General es examinada y aprobada o desaprobada en la misma Legislatura Ordinaria en que se presenta o en la siguiente, según el trámite señalado para el Presupuesto".

Ambas Constituciones establecen que la Cuenta General informada o auditada por la Contraloría, es remitida por el Presidente de la República al Congreso. El plazo que establecía la Constitución de 1979 era el de la segunda legislatura del año siguiente, es decir, entre abril y mayo. La de 1993 extiende el plazo hasta el 15 de noviembre del año siguiente.

La Constitución de 1979 establecía que, luego de la presentación, el Congreso la examinaba y la aprobaba o desaprobaba en la misma legislatura en la que había sido presentada o en la siguiente. No establecía norma ni sobre cómo era examinada, ni sobre qué pasaba si no era aprobada o si no se votaba sobre ella.

La Constitución de 1993 encarga la revisión a una comisión y le da plazo de noventa días para ello. Luego el Congreso se pronuncia en treinta días más. Si el pronunciamiento del Pleno no ocurre, el dictamen de la Comisión es remitido al Presidente de la República para que promulgue la Cuenta General por Decreto Legislativo. Como puede apreciarse, tampoco la Constitución de 1993 dice qué sucede si la comisión no se pronuncia en el plazo que ha recibido, o si el Pleno desaprueba la Cuenta General.

Análisis exegético

En el Perú existe la ley 26484 del 18 de junio de 1995 que establece lo siguiente respecto del tema:

«Ley 26484, artículo 2.- La Cuenta General de la República es un instrumento de información y fiscalización de las finanzas públicas que refleja los resultados presupuestarios, financieros, económicos y de inversión de la actividad pública en un ejercicio fiscal».

Puede verse que la Cuenta General es un instrumento de información y fiscalización. Mide los resultados de la actividad pública en un ejercicio fiscal, con énfasis en los fenómenos de gasto e inversión. En realidad, es una revisión de la forma cómo se ejecutó el Presupuesto General de la República.

«Ley 26484, artículo 3.- Los objetivos de la Cuenta General de la República son:

a) Informar los resultados de la gestión de la administración del Estado, en términos presupuestarios, financieros, económicos y de metas de operación e inversión pública.
b) Servir como instrumento de fiscalización de la actividad pública.
c) Brindar información para el planeamiento de programas, proyectos y actividades de desarrollo económico y social del país».

Las tres finalidades asignadas combinan la información, el aporte de elementos de planeamiento futuro, y la fiscalización de la actuación de los diversos órganos del Estado en materia presupuestal.

La Cuenta General es auditada por la Contraloría General de la República, institución que envía el informe respectivo al Poder Ejecutivo, para que él lo remita al Congreso. Este órgano, a través de una comisión revisora de la Cuenta General, examina su contenido y dictamina. El Congreso deberá aprobar la Cuenta General de la República. Si no hay pronunciamiento del Congreso, la Cuenta General es promulgada por un Decreto Legislativo que no se origina (como en el artículo anterior) en delegación de atribución legislativa por el Congreso.

«Ley 26484, artículo 12.- La Cuenta General de la República acompañada del Informe de Auditoría de la Contraloría General de la República es remitida por el Poder Ejecutivo al Congreso. Luego de recibidos, ambos documentos son derivados a la Comisión Revisora de la Cuenta General de la República para su examen y dictamen dentro de los noventa días siguientes a su presentación.

Presentada la Cuenta General de la República al Congreso, se da cuenta de su recepción en la sesión plenaria inmediata posterior».

«Ley 26484, artículo 13.- El Pleno del Congreso de la República se pronuncia en un plazo de 30 días. Si no hay pronunciamiento en ese período, el dictamen de la Comisión Revisora de la Cuenta General de la República se eleva al Poder Ejecutivo dentro de los 15 días siguientes, para que dicho Poder del Estado, promulgue por Decreto Legislativo la Cuenta General de la República del ejercicio fiscal examinado.

El plazo para que el Poder Ejecutivo promulgue por Decreto Legislativo la Cuenta General de la República es de quince días».

Como puede verse existen plazos para este procedimiento:

- La Cuenta General es presentada al Congreso a más tardar el 15 de noviembre del año siguiente a la ejecución presupuestal respectiva (artículo 81 de la Constitución, primer párrafo).
- La Comisión revisora del Congreso dictamina en noventa días y el Congreso debe pronunciarse dentro de los treinta días siguientes, de acuerdo al artículo 13 de la ley 16484..
- Si ello no ocurre el Ejecutivo promulga la Cuenta General mediante Decreto Legislativo. Tiene para ello un plazo de quince días desde el plazo final anterior.

«Ley 26484, artículo 14.- La aprobación de la Cuenta General de la República es un acto formal de ordenamiento administrativo y jurídico que no implica la aprobación de la gestión ni de los actos administrativos que aquella sustenta, los que son objeto de las acciones de control por parte de los órganos del Sistema Nacional de Control y de fiscalización por el Poder Legislativo. La documentación sustentatoria de las transacciones ejecutadas por las entidades del sector público, deberá permanecer debidamente archivada por un tiempo no menor de diez años y permanentemente abierta a las acciones de control y fiscalización».

La ley, correctamente, focaliza la aprobación de la Cuenta General en un acto formal de ordenamiento administrativo, que no supone aprobación de la gestión ni de los actos administrativos que sustenta, lo que será controlado por los órganos respectivos, dentro de los plazos que estén establecidos.

El plazo de fiscalización de diez años para la documentación, es

bastante largo y, consideramos, innecesario: en diez años muchos de los empleados que existieron originalmente, pueden haber cambiado de posición, saliendo del sector público o pasando a otra ubicación, pueden haber salido del país o dejado la función pública de muchas otras formas. Consideramos que para garantizar un adecuado uso de los recursos fiscales, y para que se sepa que existe control sobre el gasto, aunque sólo sea aleatorio, es preciso que este plazo se reduzca. Un promedio generalmente aceptado son cinco años.

130. Artículo 82

> ***«Artículo 82.- La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.***
>
> ***El Contralor General es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave.»***

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El antecedente de la Contraloría General de la República está en el artículo 10 de la Constitución de 1933:

«Constitución de 1933, artículo 10.- Un Departamento especial, cuyo funcionario estará sujeto a la ley, controlará la ejecución del Presupuesto General de la República y la gestión de las entidades que recauden o administren rentas o bienes del Estado. El Jefe de este Departamento será nombrado por el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Ministros. La ley señalará sus atribuciones».

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma precedente en la Constitución de 1979 era la siguiente:

"Artículo 146.- La Contraloría General, como organismo autónomo y central del Sistema Nacional de Control, supervigila la ejecución de los presupuestos del Sector Público, de las operaciones de la deuda pública y de la gestión y utilización de bienes y recursos públicos.

El Contralor General es designado por el Senado, a propuesta del Presidente de la República, por el término de siete años. El Senado puede removerlo por falta grave.

La ley establece la organización, atribuciones y responsabilidades del Sistema Nacional de Control".

Las normas de ambas Constituciones, con ciertos matices diferenciales pero que no cambian la naturaleza del órgano , son sustantivamente similares.

Las dos señalan lo siguiente:

- La autonomía de la Contraloría.
- Su carácter de órgano central del Sistema de Control.
- Dos de sus funciones básicas: supervisión de la ejecución del Presupuesto del Estado y de las operaciones de la deuda pública.

Las diferencias entre ambas Constituciones son las siguientes:

- La de 1979 le encargaba supervigilar la gestión y utilización de bienes y recursos públicos. En vez de ello, la de 1993 le encarga supervisar los actos de las instituciones sujetas a control. Evidentemente, hay un cambio pero no queda claro en qué sentido apunta, y parece que la nueva norma es peor que la que existía en la Constitución de 1979, porque deja sin regulación el control de los bienes del Estado y, podría decirse, la supervisión de los actos de las instituciones sujetas a control ya estaba contenida, por fuerza, en las atribuciones anteriores.
- El Contralor es propuesto por el Poder Ejecutivo en ambas Consti-

tuciones, pero en la de 1979 lo nombra y remueve el Senado, en tanto que en la de 1993 estas funciones las cumple el Pleno. Ello se debe a la unicameralidad establecida en la Constitución de 1993.

En ambas Constituciones se prevé que el Contralor puede ser removido por falta grave. La norma rectamente entendida conduce a que no se le pueda remover por razones distintas.

Análisis exegético

El artículo comienza mencionando a la Contraloría General de la República pero inmediatamente se nota que se refiere más bien al Sistema Nacional de Control, del que la Contraloría no es sino el órgano superior.

La teoría define a un sistema como un conjunto de normas, instituciones y procesos que prestan ayuda a la Administración para el eficaz cumplimiento de sus fines. Los sistemas no producen resultados para fuera de la Administración sino para dentro de ella.

En este sentido, el Sistema Nacional de Control tiene la finalidad primordial de supervisar el adecuado manejo de los bienes y recursos del Estado, con referencia particular a:

- La ejecución del presupuesto porque es el instrumento a través del cual se recibe y utiliza los recursos del Fisco; y,
- Las operaciones de deuda pública porque son formas de generación de fondos que, luego requerirán repago y, por consiguiente, también manejan el patrimonio del Estado pudiendo comprometerlo gravemente.

Hemos dicho que un sistema contiene un conjunto de instituciones que cumplen las funciones establecidas. En el Perú existe el Decreto Ley 26162 del 29 de diciembre de 1992, que contiene la Ley del Sistema Nacional de Control. Su artículo 2 establece la conformación institucional del sistema:

«Decreto Ley 26162, artículo 2.- El Sistema está conformado por:

a) La Contraloría General de la República.
b) Auditoría del Poder Legislativo.
c) Auditoría del Poder Judicial.
d) Auditorías Sectoriales del Poder Ejecutivo.
e) Auditorías regionales.
f) Auditorías de Municipalidades.
g) Auditorías de Organismos Autónomos.
h) Auditorías de instituciones y personas de derecho público.
i) Auditorías internas de empresas que conforman la actividad empresarial del Estado a que alude el literal d) del artículo 3 de esta ley».

De ellos, como viene ya dicho, la Contraloría es el órgano superior y por consiguiente rector del sistema y bajo ella están las auditorías especializadas en los distintos órganos e instituciones del Estado que están sometidos a control. La Constitución se refiere a ellos como "las instituciones sujetas a control". El artículo 3 los detalla:

«Decreto Ley 26162, artículo 3.- Se sujetan al Sistema y se les designan en adelante en esta Ley con el nombre genérico de entidades:

a. El Gobierno Central y los Gobiernos Regionales y Locales.
b. Las unidades administrativas del Poder Legislativo y del Poder Judicial.
c. Los Organismos Autónomos creados por la Constitución Política y las instituciones y personas de derecho público.
d. Las empresas integrantes de la Actividad Empresarial del Estado con excepción de las empresas de economía mixta y accionariado del Estado.
e. Las entidades privadas por los recursos públicos que perciban».

Queda claramente establecido que el sometimiento al Sistema Nacional de Control se establece sobre dos tipos de instituciones:

- Todas aquellas que conforman el aparato del Estado.
- Las que siendo privadas, reciben recursos del Estado, por la parte correspondiente.

Las empresas mixtas y de accionariado del Estado no quedan suje-

tas al Sistema porque son entidades privadas en las que el Estado ha decidido mantener parte del capital que tenía, o en las que ha adquirido capital privado. Es una regla que permite que dichas empresas se gerencien con reglas de Derecho privado y no de Derecho público: los procedimientos del Sistema Nacional de Control, a pesar del intento de modernización que hay sobre ellos, son predominantemente burocráticos y alejados de los criterios que se utiliza para analizar la gestión de las empresas privadas. Si se aplicaran a ésta, probablemente se causaría serios problemas de eficiencia y agilidad en la toma de decisiones.

Una posible clasificación de los sistemas de control es la siguiente:

- Interno anterior, que consiste en que antes de que se ejecute la decisión, hay un organismo de la misma entidad controlada que la revisa y autoriza. Este sistema suele tener efectos paralizantes porque ninguna decisión se ejecuta hasta que no tenga visto bueno del sistema de Control. Por ello debe ser establecido al interior de la entidad controlada con reglas de rapidez y eficiencia especialmente diseñadas para sus características.

- Interno posterior, consistente en que dentro de la entidad controlada exista un órgano al que se informan las decisiones ya tomadas y ejecutadas o en ejecución para que las revise y de aviso de las observaciones que tenga a la autoridad encargada de tomar las decisiones superiores, según se haya establecido en las mismas reglas de control. Es un sistema que no frena la ejecución de las decisiones, pero posa la amenaza de la sanción sobre quienes incumplan las reglas.

- Externo anterior, que sólo es aplicable en ciertas circunstancias extraordinarias de intervención y consiste en que un órgano de fuera de la entidad controlada, tiene que autorizar previamente a su ejecución, cualquiera de las decisiones sometidas a control. Es el más burocrático de todos los sistemas y generalmente se utiliza en instituciones en quiebra, en disolución o que han sido intervenidas por hallarse graves irregularidades en su interior.

- Externo posterior, que consiste en la revisión de las decisiones tomadas y ejecutadas, por un órgano exterior a la entidad sujeta a

control, la que en cuanto detecte irregularidades puede hacer informes a quienes tomen las decisiones, puede iniciar procesos administrativos de corrección de las irregularidades y de sanción, y también puede denunciar penalmente ante las autoridades competentes.

Sobre los aspectos de control interno dentro del Sistema Nacional, dice el Decreto Ley 26162:

«Decreto Ley 26162, artículo 6.- El control que ejerce el Sistema es interno y externo; pero siempre selectivo y posterior.

El control interno previo compete exclusivamente a las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley. Ellas deben de crear sus normas internas de control en base a las normas generales y reglamentarias vigentes que les sean aplicables en función de su propia organización».

El primer párrafo indica, en adición a los conceptos anteriores y en referencia al control posterior ejecutado por el Sistema, que es selectivo, lo que quiere decir que no se audita todos los aspectos del manejo de recursos públicos dentro de cada unidad del Estado, sino que se selecciona aquellos elementos y decisiones que los organismos determinen como más importantes según las normas y la discrecionalidad que deban aplicarse. También quiere decir que no se controla directamente a todas las entidades permanentemente, sino que se hace una selección de ellas y se aplican los mecanismos correspondientes, según cada circunstancia.

El artículo 7 se refiere al control interno previo que, como hemos anunciado, será realizado dentro de la entidad controlada, de acuerdo a sus propias características y reglas:

«Decreto Ley 26162, artículo 7.- El control interno previo es ejercido por la propia entidad en función de los procedimientos establecidos en sus planes de organización, reglamentos, manuales y disposiciones emanadas del titular de la entidad, las que contienen las técnicas de autorización, procesamiento, registro, verificación, evaluación, seguridad y protección de los bienes y recursos de la entidad».

Por su parte el artículo 8 se refiere al control interno posterior, sobre el que se establece dos características:

- Es realizado tanto por las jefaturas internas de la institución, como por el auditor. En realidad, entonces, se está hablando de dos mecanismos paralelos de control interno posterior dentro de cada entidad. Los reglamentos y demás normas establecerán la complementariedad de estos esfuerzos en cada caso.

- Este control no debe evaluar sólo los aspectos administrativos del uso de los recursos, sino la gestión en función de las metas y programas que, como hemos visto, deben figurar en el presupuesto (ver el comentario al artículo 77 de la Constitución). En realidad, el control de gestión es la parte más débil del Sistema Nacional de Control, que por su propia naturaleza tiende siempre a ser más administrativo, centrado en los aspectos formales del uso de los recursos. La claridad en la conducción, la modernización de normas y criterios y la capacitación permanente del personal son elementos claves para producir un sistema más eficiente en la búsqueda de la evaluación de metas y programas.

«Decreto ley 26162, artículo 8.- El control interno posterior es ejercido por los responsables superiores del servidor o funcionario ejecutor en función de los procedimientos de control emanados por el titular de la misma respecto de los resultados de las operaciones bajo su competencia y por el auditor en función a sus planes y programas anuales. Este control debe evaluar no sólo los aspectos administrativos del uso de los recursos sino evaluar la gestión en función de las metas y programas trazados».

El artículo 11 se refiere al control externo. Dice de él:

«Decreto Ley 26162, artículo 11.- El control externo consiste en el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos técnicos aplicados por la Contraloría General de la República y/o por los órganos del Sistema que ejercen control gubernamental y las sociedades de auditoría independiente que esta designe y se contrate para evaluar la gestión, la captación y el uso de los recursos públicos por ellos. Se efectúa mediante auditorías y exámenes especiales».

También la Ley del Sistema Nacional de Control establece los principios que guían su actividad:

«Artículo 13.- Son principios que guían el ejercicio del control gubernamental:

a. La universalidad, esto es la potestad de los órganos que integran el Sistema, dentro de los límites de sus respectivas competencias, de efectuar el control respecto de todas las actividades de la entidad en la que están adscritas, así como de todos sus servidores y funcionarios, cualquiera fuere su jerarquía. Esta potestad no excluye la posibilidad que el órgano de control superior ejercite acción de evaluación sobre el órgano de control que ejecuta dicha acción y sobre las recomendaciones emitidas por éste para supervisar su cumplimiento o sobre la entidad a solicitud de la Contraloría General de la República.

b. El carácter integral, es decir que el control consta de un conjunto de acciones destinadas a evaluar los beneficios económicos y/o sociales obtenidos en relación con el gasto que han originado tomando en cuenta las metas cualitativas y cuantitativas establecidas por la entidad, su vinculación con las políticas gubernamentales y los índices de eficiencia históricos de la misma.

c. La autonomía funcional y económica, expresada tanto en la potestad de los órganos de control de organizarse, administrarse y ejercer sus funciones de manera independiente cuanto en un manejo económico autónomo.

d. El carácter técnico y especializado del control.

e. La publicidad, consistente en la difusión periódica, con finalidad ejemplificadora de los resultados de las acciones de control de mayor importancia.

f. La atribución para acceder a todo tipo de información y examinar registros y operaciones de toda índole.

g. La no interrupción del funcionamiento del ente examinado al efectuar una acción de control.

h. La materialidad o significación económica es decir la concentra-

ción del control en las transacciones u operaciones de más significación en la entidad examinada.

i. Objetividad, las acciones de control deben realizarse sobre la base de una evaluación de los hechos rodeados de imparcialidad que eviten la subjetividad».

Y las atribuciones de la Contraloría General de la República como organismo superior están caracterizadas en el artículo 19:

«Decreto Ley 26162, artículo 19.- Son atribuciones de la Contraloría General de la República:

a. Tener acceso en cualquier momento y sin limitación a los registros, documentos e información de las entidades, aún cuando sean secretos.

b. Requerir a los órganos de control del Sistema que dispongan la realización de acciones de control, auditorías u otros exámenes que a su juicio sean necesarios o ejercer en forma directa el control externo posterior sobre cualquiera de los actos de cualquier entidad sujeta al ámbito de esta ley.

c. Recomendar a los titulares de la entidad la aplicación de las sanciones al auditor, en la forma que permita la legislación, en los casos en que se le encuentre parcialización con la entidad, un deficiente ejercicio profesional o disponer la sanción directamente en caso de incumplimiento.

d. Requerir la presencia de toda persona natural o los representantes de cualquier persona jurídica que considere necesario bajo los apremios que la Ley señala para los testigos.

e. Supervisar y garantizar el respeto y cumplimiento de las observaciones, recomendaciones y sanciones que sean propuestos sobre la base de los informes de control emanados de cualquiera de los órganos del Sistema. Para efectuar esta labor puede dirigirse al titular de la entidad de la que depende sectorial o funcionalmente la entidad objeto de la recomendación a efecto que amerite su cumpli-

miento bajo apercibimiento de sancionar directamente en caso de incumplimiento.

En los casos de comprobación de responsabilidad civil o penal, es decir la existencia de daño económico o presunción de acto ilícito, ordenará la adopción de las acciones legales, bajo sanción de que proceda la destitución del titular de la entidad.

f. En los casos en que la Contraloría en la ejecución directa de una acción de control encuentre daño económico o presunción de acto doloso, puede disponer que el Procurador Público o el representante legal que corresponda a la entidad examinada inicie las acciones legales pertinentes en forma inmediata.

g. Velar por la adecuada implantación de los órganos de control integrantes del Sistema, proponiendo a las entidades el fortalecimiento de dichos órganos con personal calificado e infraestructura moderna necesaria para el cumplimiento de sus fines. Para tal efecto dictará disposiciones sobre requisitos mínimos para ser auditor en función de la especialidad de las entidades.

h. Auditar anualmente la Cuenta General de la República, emitiendo el correspondiente dictamen.

i. Formular recomendaciones que promuevan reformas sobre los sistemas administrativos de las entidades sujetas al Sistema.

j. Aprobar los planes y programas anuales de control de las entidades sujetas al Sistema.

k. Capacidad de rechazar los informes y/o dictámenes de los órganos del Sistema y de personas naturales o jurídicas contratadas o sociedades de auditoría designadas que no se ajusten a las normas de control o que no hayan cumplido el trabajo encomendado, en cuyo caso dará las instrucciones precisas para superar las deficiencias.

l. Establecer responsabilidad a los titulares de las entidades sujetas al Sistema que violen la independencia de sus órganos de control».

El conjunto de estas atribuciones dota a la Contraloría General de la República de las siguientes características:

- Es el organismo que autónomamente diseña la política de control del Estado dentro del marco de la ley, disponiendo de todas las facultades de investigación y acceso a documentación que sean necesarias. La calidad y seriedad del control dependerá de la Contraloría de manera directa. Esto es positivo.

- Tiene atribución de emitir recomendaciones sobre los resultados de la aplicación del control y de supervigilar que dichas recomendaciones se cumplan. Con ello puede intervenir directamente en la mejora de los sistemas de ejecución de actividades de la propia administración pública.

- Tiene la atribución de recomendar las mejoras que estime necesarias a los sistemas administrativos, con la finalidad de que el manejo de los recursos públicos se realice con mayor eficiencia y claridad.

- Tiene la atribución de dirigirse bien a los defensores del Estado (procuradores públicos), bien al Ministerio Público, para que se inicien las acciones destinadas a resarcir al Estado o a procesar presuntos delitos.

En síntesis, estimamos que la organización que tiene la Contraloría General de la República en el Decreto Ley 26162, le permite una actuación eficiente en el cumplimiento de sus funciones de órgano superior del sistema de control. A estas atribuciones formales, deberá añadirse la indispensable autonomía de decisiones que ya no es un fenómeno puramente jurídico: tiene connotaciones políticas y depende tanto de la restricción que se impongan quienes ejercen el poder, como de la actitud independiente que debe tener el Contralor General.

Este funcionario es designado por el Congreso a propuesta del Poder Ejecutivo por siete años y puede ser removido sólo por el Congreso y sólo por comisión de falta grave, según reza la parte final del artículo.

El Decreto Ley 26162 ha establecido las circunstancias que pueden ser consideradas falta grave y que permiten su remoción:

«Artículo 26.- A los fines del inciso e) del artículo 25 (vacancia por falta grave), se considera falta grave del Contralor General de la República:

a. La acción u omisión en que incurra en el ejercicio del cargo y que haya ocasionado daño pecuniario significativo al Estado.

b. El abandono del cargo, que se configura por la inasistencia continuada e injustificada a su Despacho por más de quince días útiles.

c. La infracción de las prohibiciones e incompatibilidades que esta Ley señala».

Son supuestos pertinentes a la finalidad de removerlo del cargo.

TITULO III

CAPITULO V

MONEDA Y BANCA

131. TITULO III, CAPITULO V: MONEDA Y BANCA

El capítulo referente a la moneda y la banca tiene cuatro propósitos principales:

- Establecer el monopolio del Estado en materia de emisión de billetes y monedas. Desde muchos siglos atrás, ésta es una prerrogativa del poder máximo del Estado y es adecuado que la norma esté ubicada en el plano constitucional. De esto trata el artículo 83 de la Constitución de 1993.

- La regulación del Banco Central de Reserva del Perú creándolo como persona jurídica de Derecho Público con autonomía, que tiene la finalidad de preservar la estabilidad monetaria y como funciones: regular la moneda y el crédito del sistema financiero y administrar las reservas internacionales a su cargo (Constitución de 1993, artículo 84).

  Estas funciones son trascendentales para la economía del país y, en verdad, existe la fuerte tentación en los poderes políticos, de asumirla para ellos mismos. La Constitución prefiere que estas decisiones sean tomadas por un organismo técnico, no político, y por ello las encarga al Banco Central. Es pues razonable que estas disposiciones tengan rango constitucional: de esa manera ninguno de los demás órganos del Estado puede argüir que las atribuciones del Banco pertenecen a su esfera de poder. Tampoco podrán concedér-

selas a órganos distintos del Banco, las normas de rango inferior a la Constitución.

- La protección del ahorro privado, que es una garantía constitucional evidente por sí misma, desde que tiene que ver con la seguridad jurídica esencial de mantener el dinero propio ahorrado y, hasta donde se pueda, con su mismo valor de depósito.

- Finalmente, se establece constitucionalmente a la Superintendencia de Banca y Seguros como el órgano encargado de fiscalizar a este tipo de empresas. También es una función delicada para la sociedad porque esta supervisión pretende que no se aproveche ilícitamente los ahorros del público, y que no se los administre mal. Por ello, y porque puede llegar a afectar la libre iniciativa empresarial de quienes llevan a cabo este tipo de negocios, es razonable que la Superintendencia y sus funciones generales tengan también rango constitucional.

Dos modificaciones significativas se ha hecho en este punto en el paso de la Constitución de 1979 a la de 1993:

- Se prohibe que el Banco conceda financiamiento al Fisco, salvo la compra de valores del tesoro en el mercado secundario y, siempre, observando los límites que imponga la ley. Este límite se halla establecido en el artículo 61 del Decreto Ley 26123, Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1992:

  «Decreto Ley 26123, artículo 61.- El Banco está facultado para comprar en mercado secundario valores emitidos por el Tesoro Público.

  En ningún momento el incremento anual de las tenencias de esos títulos, valuados a su precio de adquisición, puede superar el cinco por ciento del saldo de la base monetaria del cierre del año precedente. No se incluye en este límite a los bonos que el Tesoro Público hubiere entregado para la capitalización del Banco, conforme a la parte final del artículo 93".

- Se elimina el mandato que traía el artículo 152 de la Constitución de 1979 con el siguiente tenor: "*La actividad bancaria y financiera cumple función social de apoyo a la economía del país en sus diversas regiones y a todos los sectores de actividad y población de acuerdo con los planes de desarrollo*". Ni la función social ni los planes de desarrollo han sido conceptos para los que se cuente con la inclinación favorable del constituyente de 1993. Contrarían su concepción ideológica neoliberal y es obvio que mantener la norma era inconsistente.

132. Artículo 83

> ***«Artículo 83.- La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado. La ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú.»***

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1837 se ocupa del tema monetario porque al tratarse de una Confederación, debía establecerse norma respecto de este punto para el Estado Confederado:

«Constitución de 1837, artículo 36.- Cada una de las Repúblicas conservará su moneda, la que circulará en todo el territorio de la confederación. Conservará también sus armas y pabellón en el interior de su territorio».

Luego, no hay nuevas normas sobre este tema hasta la Constitución de 1920 la que, a la vieja usanza que estaba por extinguirse en el mundo por aquellos años, dice:

«Constitución de 1920, artículo 11.- No podrá crearse moneda fiduciaria de curso forzoso, salvo el caso de guerra nacional. Unicamente el Estado podrá acuñar moneda nacional».

La Constitución de 1933 da la versión más moderna de la norma-

tividad sobre moneda nacional, inmersa como estuvo en los grandes cambios producidos por la Gran Depresión de 1929.

«Constitución de 1933, artículo 12.- La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billete es privilegio del Estado, que lo ejerce mediante una institución bancaria central nacional encargada de la regulación de la moneda».

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo de la Constitución de 1979 que contiene la norma antecedente a la que comentamos es el siguiente:

"*Artículo 148.- La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billetes y moneda es facultad exclusiva del Estado. La ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú*".

Con una mínima diferencia en el texto, ambos artículos son idénticos y tienen exactamente el mismo significado.

Análisis exegético

Todo Estado debe tener moneda. Es parte esencial de su independencia y así fue reconocido desde siempre. Dijo Bodino en el siglo XVI:

> En cuanto al derecho de amonedar, es de la misma naturaleza que la ley y solo quien tiene el poder de hacer la ley, puede dársela a las monedas [...] Después de la ley, nada hay de mayor importancia que el título, el valor y la tasa de las monedas, como hemos demostrado en otro tratado, y en toda república bien ordenada solo el príncipe tiene este poder [...] (196).

Puede verse que desde el inicio de las concepciones modernas de Estado, el establecer el sistema monetario ha sido atributo de la soberanía y sello indiscutible de la sociedad política.

---

(196) BODINO. *Los seis libros de la República*. Madrid, Editorial Aguilar S.A. de Ediciones, 1973. I, 10, pp. 71-72.

El dinero y su circulación tienen multitud de formas y procedimientos en la sociedad contemporánea. De hecho, la parte de las transacciones económicas que se hace con billetes y monedas es verdaderamente ínfima. Los mecanismos bancarios, las tarjetas de crédito, la compensación de cuentas, etc. han conducido a que las transacciones sean así.

Sin embargo, en la base de todo sistema monetario están siempre los billetes y las monedas y el total del circulante que existe en una determinada sociedad se calcula en una fórmula que tiene como base la emisión de monedas existente.

Por ello, es atribución exclusiva del Estado. En épocas anteriores, los bancos y aún los particulares poderosos podían emitir billetes. Pero para lograr un manejo adecuado de las economías contemporáneas ello debe ser monopolio del poder público.

Dice el artículo que la emisión se ejerce a través del Banco Central de Reserva del Perú que es la entidad técnica, constitucionalmente establecida, que tiene por finalidad preservar la estabilidad monetaria (ver el artículo 84).

En el Perú la moneda actualmente en curso fue establecida por la Ley 25295, del 31 de diciembre de 1990: estableció el sol peruano, en sustitución del Inti, que existió durante los peores años de la inflación de los ochenta.

La norma estableció que un sol equivaldría a un millón de intis. También dictó reglas para el progresivo retiro de los billetes de intis, y las normas sobre traducción de intis a soles en todos los diversos documentos y actividades, incluida la bancaria.

En armonía con la Constitución, el Banco Central de Reserva quedó encargado de la ejecución de todos estos procedimientos.

A su turno, la Ley del Banco Central de Reserva del Perú aprobada por el Decreto Ley 26123 del 29 de diciembre de 1992, establece sobre las atribuciones del Banco en relación al circulante y la moneda:

«Decreto Ley 26123, artículo 43.- Los billetes y monedas que el

Banco pone en circulación se expresan en términos de la unidad monetaria del País y son de aceptación forzosa para el pago de toda obligación, pública o privada».

«Decreto Ley 26123, artículo 46.- El Banco está facultado para emitir las disposiciones que permitan que se mantenga en circulación numerario en cantidad y calidad adecuados».

133. Artículo 84

> ***«Artículo 84.- El Banco Central es persona jurídica de derecho público. Tiene autonomía dentro del marco de su Ley Orgánica.***
>
> ***La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica.***
>
> ***El Banco informa al país, exacta y periódicamente, sobre el estado de las finanzas nacionales, bajo responsabilidad de su Directorio.***
>
> ***El Banco está prohibido de conceder financiamiento al erario, salvo la compra, en el mercado secundario, de valores emitidos por el Tesoro Público, dentro del límite que señala su Ley Orgánica.»***

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1920 trae norma sobre limitación de tasas de interés (repetida en el artículo 28 de la Constitución de 1933):

«Constitución de 1920, artículo 51.- La ley determinará el interés máximo por los préstamos de dinero. Es nulo todo pacto en contrario y serán penados los que contravengan este precepto».

La Constitución de 1933, además, anunció la existencia de una entidad encargada de la regulación de la moneda, cosa que ya se discutía desde un tiempo antes en la reorganización del aparato económico del Estado:

«Constitución de 1933, artículo 14.- El Estado mantendrá, por los medios que estén a su alcance, la estabilidad de la moneda y la libre conversión del billete bancario. Sólo en casos excepcionales, a pedido del Poder Ejecutivo, con el asentimiento de la entidad encargada de la regulación de la moneda y con la del Jefe del Departamento que supervigile las empresas bancarias, el Congreso podrá expedir una ley que establezca provisionalmente la inconversión del billete bancario.

Antecedentes en la Constitución de 1979

El antecedente de la norma que comentamos en la Constitución de 1979 es el siguiente:

"*Artículo 149.- El Banco Central de Reserva del Perú es persona jurídica de derecho público con autonomía dentro de la ley.*

Sus funciones son regular la moneda y el crédito del sistema financiero, defender la estabilidad monetaria, administrar las reservas internacionales y las demás que señala la ley.

El Banco informa al país periódica y exactamente sobre el estado de las finanzas nacionales bajo responsabilidad de su Directorio".

Ambas Constituciones coinciden en las siguientes normas:

- El Banco Central es persona jurídica de Derecho público y goza de autonomía dentro del marco de la ley.
- Las funciones del Banco son regular la moneda y el crédito del sistema financiero y administrar las reservas internacionales.
- Bajo responsabilidad de su directorio, debe informar periódicamente sobre el estado de las finanzas nacionales.

La Constitución de 1993 trae dos normas que innovan el tratamiento del Banco Central en relación a la Constitución de 1979:

- Señala que preservar la estabilidad monetaria es la finalidad del Banco. La Constitución de 1979 la consideraba una más entre sus funciones.

- Prohibe que el Banco conceda financiamiento al Fisco, salvo la compra de valores del tesoro en el mercado secundario y, siempre, observando los límites que imponga la ley.

Análisis exegético

El artículo 84 establece las reglas básicas a que se sujeta el Banco Central de Reserva: le da personería jurídica de Derecho público y autonomía dentro del marco de su ley orgánica.

El segundo párrafo establece que la finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. En otras palabras, es para ello que el Banco existe y es la estabilidad monetaria del sol lo que justifica su trabajo. Sobre el tema, para el caso alemán, dice Clapham:

> La inflación no es un destino inevitable; sólo logra prosperar cuando la cantidad de dinero crece desmesuradamente. Por esta razón, el control a la expansión del circulante ocupa una posición clave en los esfuerzos desplegados por mantener un orden monetario estable. Esta conclusión, en el sistema de orden de la Economía Social de Mercado ha llegado a ver la necesidad de que, en la manera de lo posible, la responsabilidad sobre la estabilidad monetaria ya no esté en manos de los políticos y del Gobierno. Es por eso que la obligación de asegurar la estabilidad monetaria ha sido encomendada por ley a la Deutsche Bundesbank, el Banco Central de Reserva en Alemania, en su condición entidad autónoma (197).

---

(197) CLAPHAM, Ronald. *La economía social de mercado como sistema político-ordenador*. En VARIOS AUTORES. *Economía social de mercado. Coloquio Peruano-Alemán*. Lima, Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana, 1979, p. 66.

La Constitución asigna al Banco Central determinadas funciones que debe cumplir y que requieren, muchas veces, la emisión de normas de carácter general. La Ley orgánica del Banco establece la siguiente regla al respecto:

«Decreto Ley 26123, artículo 4.- Las disposiciones que emita el Banco en el ejercicio de sus funciones son de obligatorio cumplimiento para todas las entidades del Sistema Financiero, así como para las demás personas naturales y jurídicas cuando corresponda.

Las disposiciones de carácter general que al amparo de la presente ley establece el Banco se denominan Circulares y son publicadas en el Diario Oficial».

Queda claramente establecido de esta norma que el Banco tiene atribuciones normativas generales para el Derecho peruano, las ejerce a través de circulares y versarán, naturalmente, sobre las atribuciones que le ha asignado la Constitución.

Las funciones establecidas para el Banco, que deben ser llevadas a cabo dentro de la finalidad anterior, son las siguientes:

- Regular la moneda y el crédito del sistema financiero, que son los instrumentos fundamentales para determinar la cantidad de circulante existente y que, en conjunto, permiten controlar la inflación si están adecuadamente manejados, o la desatan si no lo están. La regulación de la moneda y el crédito atiende directamente a la finalidad del Banco, que es preservar la estabilidad monetaria del sol peruano.

- La segunda es administrar las reservas internacionales a su cargo, lo que consiste tanto en determinar su nivel, como la forma en que será guardada y los custodios, así como también las mejores condiciones para el país por el significativo monto que tienen como depósito en instituciones financieras. La seguridad de las reservas internacionales, tanto por los bienes en que se halle representada, como por la seguridad de que no serán de alguna manera apropiadas por terceros, o embargadas por potencias enemigas, etc., son aspectos muy importantes de la administración que la Constitución encomienda.

El artículo del Decreto Ley 26123 establece cómo están constituidas las reservas:

«Ley 26123, artículo 72.- Las reservas internacionales están constituidas por:

a. Tenencias de oro y plata.
b. Billetes y monedas extranjeros de aceptación general como medios de pago internacional.
c. Depósitos de divisas, a la vista o por períodos no mayores de noventa días, en bancos acreditados de cualquier plaza del exterior, a juicio del Directorio.
d. Certificados de Depósito de divisas, por períodos no mayores de noventa días, emitidos por bancos acreditados de cualquier plaza del exterior, a juicio del Directorio.
e. Títulos o valores de primera clase, líquidos emitidos por organismos internacionales o entidades públicas extranjeras, a juicio del Directorio.
f. Aceptaciones Bancarias acreditadas, a plazos no mayores de noventa días, contados desde la fecha de su adquisición por el Banco, fácilmente negociables en el extranjero.
g. Derechos Especiales de Giro, o cualquier otro sustituto del oro que contemple el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional que correspondan al País.
h. El saldo deudor de las cuentas originadas en los convenios de crédito recíproco que, con arreglo al inciso b) del artículo 65, el Banco hubiere celebrado con entidades similares.
i. Los aportes en oro, divisas y Derechos Especiales de Giro a organismos monetarios internacionales.

Las tenencias de oro se contabilizan al valor que fije el Directorio, sin exceder el precio prevaleciente en el mercado internacional».

El Banco está obligado a informar al país exacta y periódicamente sobre las finanzas nacionales bajo responsabilidad de su directorio. Esto quiere decir que es deber del Directorio del Banco dirigirse directamente al pueblo para estos efectos, una forma de comunicación que muy pocos órganos del Estado tienen fuera de los que son directamente elegidos.

El Decreto Ley 26123 añade lo siguiente sobre sus atribuciones de información:

«Decreto Ley 26123, artículo 94.- Sin perjuicio de la responsabilidad que le compete en el cumplimiento de la finalidad que la Ley le asigna al Banco, el Directorio debe presentar un Informe al Ministro de Economía y Finanzas sobre todos aquellos aspectos de la política económica que afecten negativamente dicho cumplimiento».

Si bien el Banco es autónomo en sus decisiones, y debe rescatar esa autonomía lo más rigurosamente posible, tiene que coordinar con el Ministro de Economía y Finanzas que es el responsable de la política económica del ejecutivo. No pueden ser órganos completamente autárquicos hasta el punto de seguir políticas paralelas y, peor aún, divergentes. Para evitarlo el intercambio de información y la coordinación de esfuerzos hasta donde sea posible, resultan indispensables.

El párrafo final prohibe al Banco conceder financiamiento al erario público, con la finalidad de que por esta vía no se haga emisión inorgánica de dinero y se estimule la inflación, fenómeno desgraciadamente muy común en los países de América Latina y que produjo una crisis de dramáticas proporciones en el Perú de fines de los años ochenta.

Le permite sí, comprar en el mercado secundario, valores emitidos por el Tesoro público, dentro del límite que señale la ley orgánica. Dicha norma es el artículo 61 del Decreto Ley 26123:

«Artículo 61.- El Banco está facultado para comprar en mercado secundario valores emitidos por el Tesoro Público.

En ningún momento el incremento anual de las tenencias de esos títulos, valuados a su precio de adquisición, puede superar el cinco por ciento del saldo de la base monetaria del cierre del año precedente. No se incluye en este límite a los bonos que el Tesoro Público hubiere entregado para la capitalización del Banco, conforme a la parte final del artículo 93".

Un tema de enorme discusión en los últimos años ha sido si los Bancos Centrales pueden facilitar crédito a empresas financieras técnica-

mente quebradas. La Ley del Banco Central se ha negado a ello en el siguiente dispositivo:

"Ley 26123, articulo 78°.- El Banco no puede otorgar créditos, o cualquier otra forma de financiamiento, a instituciones financieras que tengan para con él obligaciones vencidas y no pagadas".

Esta que fue la posición dominante en América Latina de los últimos años, quedó sin embargo modificada en varios países luego de la crisis de México y su secuela denominada *Efecto Tequila*. El Perú aún no ha variado la regla.

134. Artículo 85

«Artículo 85.- El Banco puede efectuar operaciones y celebrar convenios de crédito para cubrir desequilibrios transitorios en la posición de las reservas internacionales.

Requiere autorización por ley cuando el monto de tales operaciones o convenios supera el límite señalado por el Presupuesto del Sector Público, con cargo de dar cuenta al Congreso.»

Antecedentes en la Constitución de 1979

El artículo de la Constitución de 1979 que constituye antecedente del que comentamos es el siguiente:

"*Artículo 150.- El Banco puede efectuar operaciones y convenios de crédito para cubrir desequilibrios transitorios en la posición de las reservas internacionales del país. Requiere autorización por ley, cuando el monto de tales operaciones o convenios supera el límite señalado por el Presupuesto del Sector Público, con cargo de dar cuenta al Congreso*".

Las normas de ambas Constituciones son idénticas en este tema, con pequeñas diferencias de expresión.

Análisis exegético

Es finalidad del Banco Central de Reserva el preservar la estabilidad monetaria del país, según el artículo 84 y parte muy importante en ello tiene la posición de las reservas internacionales que respaldan al sol peruano. Para garantizar un nivel adecuado, se deberá tomar diversas medidas. Una de ellas es la de convenir con otros bancos centrales, o con organismos internacionales, ciertas operaciones de crédito que permiten sortear situaciones extraordinarias. Es frecuente que, por ejemplo, se firmen acuerdos con el Fondo Monetario Internacional (198), o se recurra a préstamos de bancos de reserva de otros países.

Normalmente, el endeudamiento del Estado debe ser aprobado por ley. Así lo establece el artículo 75. Sin embargo, por la naturaleza esencialmente técnica de estas operaciones, por lo demás precisas en el contexto de las relaciones internacionales, se las exonera de tal requisito en la ley de Presupuesto hasta cierto límite, traspasado el cual deberá el Directorio del Banco dar cuenta al Congreso.

Se entiende que el Banco da cuenta al Congreso con el suficiente tiempo como para que si éste lo considera pertinente, ordene por ley las enmiendas correspondientes a la operación.

Estos *desequilibrios transitorios* deben ser distinguidos de las situaciones estructurales de mala posición de las reservas internacionales. La transitoriedad es un elemento esencial y puede deberse a situaciones tales como un período de alta especulación, o de desastres naturales que obliguen por un tiempo a un uso intensivo de las reservas. Las situaciones estructurales, como por ejemplo una tendencia de largo plazo a tener mayor valor de importaciones que de exportaciones, o una deuda exterior excesivamente alta, no pueden ser consideradas desequilibrios transitorios.

Si la operación crediticia necesaria excede los límites que establez-

---

(198) Una obra interesante sobre los programas del Fondo Monetario Internacional en países en desarrollo es: KILLICK, Tony. *IMF Programmes in Developing Countries. Design and impact*. London, Routledge, 1995.

ca la ley de presupuesto, se deberá recurrir al Congreso para que expida una ley autoritativa. Sin embargo, si se tratara de una situación verdaderamente excepcional, que cumple con los requisitos del inciso 19 del artículo 118 de la Constitución, no vemos objeción a que dicha autorización sea otorgada por Decreto de Urgencia.

El Decreto Ley 26123 establece normas respecto de este tema:

"Decreto Ley 26123, artículo 64.- El Banco puede celebrar convenios y efectuar operaciones de créditos con entidades del exterior, a fin de fortalecer la balanza de pagos".

"Decreto Ley 26123, artículo 65.- El Banco puede realizar con los bancos centrales de otros países, o con las instituciones que corresponda, así como con las instituciones financieras internacionales y los bancos del exterior, las siguientes acciones:

a. Recibir y efectuar depósitos, en moneda nacional o extranjera.

b. Celebrar convenios de crédito y de pagos que contribuyen a facilitar principalmente el comercio exterior, así como realizar las operaciones y funciones que se requieran para la ejecución de tales convenios".

135. Artículo 86

> ***«Artículo 86.- El Banco es gobernado por un Directorio de siete miembros. El Poder Ejecutivo designa a cuatro, entre ellos al Presidente. El Congreso ratifica a éste y elige a los tres restantes, con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros.***
>
> ***Todos los directores del Banco son nombrados por el período constitucional que corresponde al Presidente de la República. No representan a entidad ni interés particular algunos. El Congreso puede removerlos por falta grave. En caso de remoción, los nuevos directores completan el correspondiente período constitucional.»***

Antecedentes en la Constitución de 1979

La norma que comentamos tiene el siguiente antecedente en la Constitución de 1979:

"*Artículo 151.- El Banco es gobernado por un Directorio de siete miembros.*

El Poder Ejecutivo designa a cuatro, entre ellos al Presidente del Banco. El Senado ratifica a éste, y designa a los tres restantes.

Los Directores del Banco son nombrados por un período de cinco años. No representan a entidad ni interés particular algunos. El Senado puede removerlos por falta grave".

Ambas Constituciones traen la misma idea central en cuanto al gobierno del Banco: directorio con siete miembros de los cuales cuatro son nombrados por el Presidente de la República y tres por el Congreso pero, de entre los nombrados por el Presidente de la República, uno será el Presidente del Banco y tendrá que ser ratificado por el Congreso. Así, se logra equilibrio en la nominación de directores entre los dos Organos del Estado mencionados.

También se establece que los directores no representan interés alguno, ni siquiera de los órganos que los han nombrado.

La Constitución de 1993 es más clara en sus propósitos en lo que se refiere al plazo del nombramiento del Directorio porque lo vincula al período del Presidente de la República, inclusive si uno o más directores son elegidos para sustituir a uno removido: sólo completa el período del anterior.

Análisis exegético

El Banco Central tiene un directorio que es la entidad responsable de sus decisiones. Por la trascendencia que dicho organismo tiene para la vida nacional, debe ser nombrado por acuerdo de los poderes políticos del Estado. Por ello, el Legislativo designa a tres y el Ejecutivo a cuatro de entre los cuales el que será Presidente del Banco debe ser ratificado

por el Congreso. Esto le da legitimidad mayor que a los demás miembros por tener la aprobación de ambos órganos. También por la importancia del nombramiento, la Constitución exige mayoría absoluta en las votaciones que haga el Congreso respecto del Directorio. La norma tiene especial importancia cuando ninguna fuerza política tiene dicha mayoría absoluta pues, en tal caso, tendrá que buscarse la concertación de posiciones. Cuando hay mayoría absoluta de una fuerza política, ella puede tomar la decisión sin consultar a los demás aunque, desde luego, no es sana práctica, ni democrática ni parlamentaria.

Se establece el nombramiento por el período constitucional del Presidente de la República para que este magistrado cuente con la posibilidad de nominar su propia cuota de miembros del Directorio. Como se verá claramente, un Ejecutivo enfrentado al Banco Central puede conducir al colapso financiero al país y ello puede suceder si, cambiado el gobierno y derrotada la fuerza política que gobernó en el período previo, el Directorio del Banco fue nombrado por el Ejecutivo anterior y por una mayoría absoluta oficialista en el Congreso. Por ello, la medida es saludable. Los directores pueden ser removidos por falta grave pero en tal caso, completan el período constitucional correspondiente y no se extienden en su función por cinco años a partir de su nombramiento.

La Ley Orgánica del Banco, aprobada por Decreto Ley 26123, dice lo siguiente respecto de la remoción de los directores:

"Decreto Ley 26123, artículo 20.- Los Directores sólo pueden ser removidos por la comisión de delito o de falta grave.

El acuerdo de remoción debe ser adoptado por una mayoría de dos tercios del número legal de legisladores y ser necesariamente precedido por una investigación, dentro de la cual se otorgue al Director un plazo no menor de diez días para presentar sus descargos y la facultad de realizar su defensa oral ante el pleno del Poder Legislativo".

"Ley 26123, artículo 21.- Constituye falta grave la aprobación de políticas o disposiciones que contravienen lo establecido en el capítulo segundo del título III".

El capítulo II del título III se refiere a las decisiones expresamente

prohibidas al Banco y corre entre los artículos 77 y 85 del Decreto Ley 26123.

El Directorio del Banco tiene atribuciones que cubren todo el abecedario y que vale la pena transcribir, en el artículo 24 de su Ley Orgánica:

"Decreto Ley 26123, artículo 24.- Son atribuciones y deberes del Directorio:

a. Formular la política monetaria, en concordancia con la finalidad del Banco, y aprobar las regulaciones necesarias para su ejecución.
b. Determinar y regular los límites y las condiciones generales de las operaciones de crédito del Banco, con observancia de lo establecido en el Capítulo Segundo del Título III, así como fijar y modificar las tasas de interés y de comisiones a aplicarse a ellas.
c. Fijar, reglamentar y modificar los requisitos del encaje adicional de las entidades del Sistema Financiero.
d. Autorizar la emisión de los títulos a que se refiere la primera parte del artículo 62 y fijar sus características (el artículo 62 autoriza al Banco a realizar operaciones de mercado abierto con sus propios títulos y con títulos negociables de primera calidad emitidos por terceros, con excepción de acciones).
e. Aprobar los lineamientos para la administración de las reservas internacionales.
f. Aprobar la concertación de créditos que fortalezcan la balanza de pagos.
g. Fijar las tasas de interés y el Indice de Reajuste de Deuda señalados en el Código Civil para operaciones efectuadas por los agentes económicos con exclusión de las entidades del sistema financiero.
h. Determinar y regular la emisión, características, canje y retiro de los billetes y monedas que el Banco pone en circulación.
i. Emitir la opinión que compete al Banco en los casos señalados en la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros.
j. Solicitar informe al Superintendente de Banca y Seguros sobre la situación económica y financiera de las entidades del Sistema Financiero, para el efecto de emitir las opiniones a que se refiere el inciso anterior.

k. Reglamentar las operaciones de compensación entre los bancos.
l. Establecer e imponer sanciones por el incumplimiento de las regulaciones del Banco.
ll. Reducir el monto de las multas que corresponda imponer por infracción a las regulaciones de encaje, así como exonerar de tales multas, si concurren los supuestos del segundo párrafo del artículo 56.
m. Aprobar y modificar los Estatutos del Banco, así como los Reglamentos necesarios para el funcionamiento de éste.
n. Aprobar y modificar de acuerdo con esta Ley y los Estatutos, los reglamentos necesarios para el funcionamiento del Banco.
ñ. Aprobar, modificar y supervisar el presupuesto anual del Banco.
o. Aprobar la memoria anual y los estados financieros del Banco.
p. Declarar las incompatibilidades y vacancias que se produzcan en su seno.
q. Elegir a su Vicepresidente.
r. Constituir Comités Especiales.
s. Nombrar, a propuesta del Presidente, al jefe del organismo interno de control y al gerente general.
t. Nombrar, a propuesta del Gerente General, a los funcionarios principales y al Presidente del Consejo de Administración del Fondo de Seguro de Depósitos.
u. Fijar la remuneración del Presidente y del Gerente General, así como, a propuesta de éste, la de los funcionarios principales.
v. Aprobar la constitución de oficinas fuera de su sede principal.
w. Otorgar poderes generales y especiales.
x. Aprobar la intervención del Banco en certámenes internacionales vinculados a sus funciones y designar las respectivas delegaciones.
y. Autorizar la compra o edificación de inmuebles destinados a servir de locales para las actividades del Banco, así como a sus venta.
z. Ejercer las demás atribuciones y funciones que esta ley y los estatutos le asignan.

La atribución señalada en el inciso l) es delegable en el gerente general.»

136. Artículo 87

«Artículo 87.- El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorrros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

La Superintendencia de Banca y Seguros ejerce el control de las empresas bancarias y de seguros, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca y Seguros.

El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca y Seguros por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

El antecedente de la Superintendencia de Banca y seguros está en la Constitución de 1933:

«Constitución de 1933, artículo 13.- Un Departamento especial, cuyas funciones determinará la ley, ejercerá en nombre del Estado, la supervigilancia de las empresas bancarias».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos de la Constitución de 1979 que son antecedentes de la norma que comentamos son los siguientes:

"*Artículo 154.- El Estado fomenta y garantiza el ahorro privado.*

La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público y los alcances de esta garantía".

"Artículo 155.- La Superintendencia de Banca y Seguros ejerce en representación del Estado el control de las empresas bancarias, financieras, de seguros y las demás que operan con fondos del público.

La ley establece la organización y autonomía funcional de la Superintendencia de Banca y Seguros.

El Poder Ejecutivo nombra al Superintendente de Banca y Seguros por un plazo de cinco años. El Senado lo ratifica".

La Constitución de 1979 decía que el Estado fomenta y garantiza el ahorro privado. La Constitución de 1993 se refiere al ahorro en general. No parece, sin embargo, que se haya realizado mayor transformación normativa con este cambio, desde que lo que las Constituciones pretenden proteger son los derechos de las personas frente al poder del Estado. No parece tener sentido que el Estado fomente y garantice el ahorro *público*. En síntesis, por estas razones, consideramos que en este punto no hubo transformación importante.

El resto del primer párrafo del artículo 87 de la Constitución de 1993, contiene los mismos elementos que el 154 de la Constitución de 1979.

Los párrafos segundo y tercero del artículo 87 de la Constitución de 1993, norman a la Superintendencia de Banca y Seguros, de la misma manera que lo hace el artículo 155 de la Constitución de 1979. Sólo con dos variantes: al Superintendente se lo nombra por el período presidencial y no por cinco años (como decía la Carta anterior); y, lo ratifica el Congreso porque con la unicameralidad ya no hay Senado.

Análisis exegético

El artículo bajo análisis tiene dos aspectos distintos: el primero es de naturaleza sustantiva y versa sobre el fomento y garantía del ahorro. El segundo es orgánico y trata sobre la Superintendencia de Banca y Seguros. Hubiera sido conveniente que estuvieran en numerales separados a fin de preservar la naturaleza distinta de cada uno de los temas porque la sistemática tiende a confundirse cuando se mezclan normas que no tienen que ver directa (sino solo indirectamente) una con otra. Es una de las deficiencias técnicas reiteradas en esta Constitución.

136.1 El fomento y garantía del ahorro

El ahorro es un instrumento fundamental del progreso social y económico de los pueblos, porque les permite realizar las inversiones que incrementen la cantidad de riqueza producida. Un pueblo sin ahorro no tiene viabilidad futura en el mundo contemporáneo.

Las personas y las instituciones ahorran siempre, pero la protección que busquen para esa riqueza puede ser muy diversa: algunos utilizarán la forma clásica y precapitalista de esconder los ahorros en algún lugar impenetrable de la casa. Si se trata de papel moneda, sufrirá la desvalorización propia de la inflación y de la elevación progresiva de los costos. Además, no será útil para efectos de realizar nuevas inversiones. En cierta medida, no es un ahorro sino un consumo retardado. Las instituciones pueden colocar ese ahorro en cajas fuertes o bajo otras modalidades equivalentes.

Una forma también perjudicial para la economía nacional es enviar los ahorros a depósitos en el exterior, de manera que dichos recursos serán utilizados por otras economías en su beneficio, tanto financiero como de inversión. Si bien desde el punto de vista jurídico el envío de ahorros fuera de las fronteras es inobjetable, económicamente perjudica al país.

Por todas estas razones, es conveniente que las personas e instituciones ahorren y que lo hagan dentro del Perú, que dejen sus ahorros en el país, y que los canalicen a través de las instituciones financieras que pueden darles uso de inversión. Al propio tiempo habrá mayor seguridad y se podrá obtener un rédito que mantenga, cuando menos, el valor del capital.

La ley 26702 del 06 de diciembre de 1996, Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, dice respecto del ahorro:

«Artículo 131.- El ahorro está constituido por el conjunto de las imposiciones de dinero que, bajo cualquier modalidad, realizan las personas naturales y jurídicas del país o del exterior, en las empresas del sistema financiero. Esto incluye los depósitos y la adquisición de instrumen-

tos representativos de deuda emitidos por tales empresas. Tales imposiciones están protegidas en la forma que señala la presente ley».

A fin de hacer crecer los ahorros nacionales, la Constitución ordena que el Estado fomente y garantice el ahorro, establezca las obligaciones y límites de las empresas que reciben dicho ahorro y los alcances y modalidades de dicha garantía.

La Ley 26702 contiene varios tipos de medidas destinadas a proteger al ahorrista. Un primer grupo de ellas está referido al manejo de las empresas que reciben ahorros del público y a las preferencias de cobro de sus créditos. Sobre ello establece las siguientes normas:

«Artículo 132.- En aplicación del artículo 87 de la Constitución Política, son formas mediante las cuales se procura, adicionalmente, la atenuación de los riesgos para el ahorrista:

1. Los límites y prohibiciones señalados en el Título II de la Sección Segunda y en las demás disposiciones que regulan a las empresas. Dichos límites tienen por objeto asegurar la diversificación del riesgo y la limitación al crecimiento de las empresas del sistema financiero hasta un determinado número de veces el importe de su patrimonio efectivo.
2. La constitución de la reserva de que trata el Capítulo III del Título III de la Sección Primera.
3. El mantenimiento del monto del capital social mínimo a valores reales constantes, según lo normado en el artículo 18.
4. La constitución de provisiones genéricas y específicas de cartera, individuales o preventivas globales por grupos o categorías de crédito, para la eventualidad de créditos impagos, y la constitución de las otras provisiones y cargos a resultados, tratándose de las posiciones afectas a los diversos riesgos del mercado.
5. La promoción del arbitraje como un medio de solución de conflictos entre empresas y entre éstas y el público, haciendo uso para tal efecto de las cláusulas generales de contratación.
6. La recuperación en forma expeditiva de los activos de las empresas del sistema financiero.
7. El mérito ejecutivo de las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas.

8. La ejecución de los warrants que garantizan obligaciones con empresas del sistema financiero por su tenedor, con exclusión de cualquier tercer acreedor del constituyente, concursado o no. La presente disposición no afecta los derechos de los Almacenes Generales de Depósito de cobrar los almacenajes adeudados y gastos de remate al ejecutar los warrants.
9. Los valores, recursos y demás bienes que garantizan las obligaciones con empresas del sistema financiero, cubren preferentemente a éstas. Las medidas cautelares que se dispongan respecto de tales bienes, valores o recursos, sólo surten efecto luego que la empresa disponga sobre ellas los cargos que correspondan por las deudas vencidas de su titular a la fecha de notificación de dicha medida, y siempre que dichos bienes, valores o recursos no se encuentren sujetos a gravamen alguno en favor de la empresa del sistema financiero. Igual norma es aplicable tratándose de valores, recursos o demás bienes dados en garantía para afianzar obligaciones de terceros.
10. Posibilidad de dar por vencidos los plazos de las obligaciones, vencidas y no vencidas, de un deudor ante un caso de incumplimiento. En este supuesto, la empresa podrá hacer uso del derecho de compensación referido en el numeral siguiente.
11. El derecho de compensación de las empresas entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, hasta por el monto de aquellas, devolviendo a la masa del deudor el exceso resultante, si hubiere. No serán objeto de compensación los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho.
12. Los bienes afectos a prendas globales y flotantes vinculadas con contratos de seguro de crédito o con facturas conformadas, u otros contratos de crédito, sólo pueden ser ejecutados por el titular de dicho derecho, con exclusión de cualquier tercer acreedor del constituyente, ya se encuentre este último, concursado o no.
13. La supervisión consolidada de los conglomerados financieros o mixtos".

Las medidas contenidas en los incisos 1 a 5 son de carácter institucional, incluida la promoción del arbitraje que es una forma de solución de conflictos expeditiva y eficiente. Los incisos 1 al 4 se preocupan de establecer reglas sobre el valor del capital y fondos y provisiones que

constituyen garantías de constitución del patrimonio empresarial para el ahorrista: está mejor protegido si estas disposiciones se cumplen adecuadamente que si no ello no ocurre, o si simplemente las normas no existen.

Los incisos 6 a 12 tienen que ver con los derechos preferenciales de cobro de sus créditos que tienen las empresas que trabajan con ahorros del público. Con estas preferencias estarán en posición privilegiada para recobrar su patrimonio de deudores morosos o en incapacidad de pago y, con ello, se beneficiarán los ahorristas que no verán mermado el capital y los recursos líquidos por una mala estructura jurídica en relación a la ejecución y cobro de las garantías de la institución de ahorro.

El inciso 13 tiene por finalidad hacer una supervigilancia más completa que la que normalmente ocurriría por empresas individuales: no es extraño ver que un conglomerado esconda pérdidas haciendo que unas empresas suyas en falencia, les presten a otras en igual falencia y, de esta manera, se oculte una situación general de deterioro. Las formas que asumen estas anormalidades son muy variadas y, desde luego, difíciles de detectar. El trabajo por conglomerados, bien financieros bien mixtos (estos últimos combinan empresas financieras con otras de producción o distribución) tiene metodologías de análisis que permiten un seguimiento más estricto de las operaciones y la posibilidad de detectar las irregularidades, sobre todo cuando son graves. Desde el punto de vista jurídico es importante que se permita trabajar la supervisión por conglomerados porque, si no se dice expresamente, por el principio de la personalidad jurídica formal de cada empresa individual, es ilegal vincular la realidad de sus cuentas de la propiedad de su capital con otras empresas independientes de ella. En realidad, el trabajo de supervisión por conglomerados hace caso omiso de la individualidad personal de cada empresa y se dirige a investigar el fenómeno económico y de decisión que está tras ellas, en la propiedad del capital y en la voluntad del dueño o los dueños principales. Es una metodología que el Derecho ha reconocido en los últimos decenios, debido a la gran concentración de capital y de poder que genera el capitalismo.

Un segundo grupo de disposiciones destinadas a proteger al ahorrista están constituidas por el tipo de supervisión que ejercerá la Superintendencia de Banca y Seguros sobre las empresas de ahorro público. Dice la Ley 26702:

«Artículo 134.- A fin de brindar al ahorrista una protección adecuada y sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere la presente ley, corresponde a la Superintendencia:

1. Disponer la práctica de auditorías externas por sociedades previamente calificadas e inscritas en el registro correspondiente.
2. Supervisar que las empresas del sistema financiero se encuentren debidamente organizadas así como administradas por personal idóneo.
3. Supervisar que cumplan las empresas del sistema financiero con las normas sobre límites individuales y globales.
4. Efectuar supervisiones consolidadas de los conglomerados financieros o mixtos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138.
5. Medir el riesgo de las empresas intermediarias, a través del sistema de la Central de Riesgos, mediante el registro del endeudamiento global, en el país y en el exterior, de las personas que soliciten crédito a las empresas del sistema financiero».

El sistema de supervisión permanente que establece este artículo se establece con la finalidad de controlar el manejo empresarial de cerca, para prevenir problemas o solucionar con diverso grado de severidad los que vayan apareciendo y se establezcan como fallas permanentes o aún peor, incrementales. Como veremos después, la Superintendencia tiene amplios poderes para exigir el cumplimiento de las normas y de sus propias recomendaciones.

Un tercer rubro de protección al ahorrista considerado en la Ley 26702 es el establecimiento de un Fondo de Seguro de Depósitos en el Banco Central que tiene por objeto proteger a quienes realicen depósitos en las empresas del sistema financiero, según las reglas de detalle establecidas en la ley. Las operaciones respaldadas por el Fondo están contenidas en el artículo 152:

«Ley 26702, artículo 152.- El Fondo respalda únicamente las imposiciones de las personas naturales, las asociaciones y las demás personas jurídicas sin fines de lucro. Su cobertura abarca:

1. Los depósitos nominativos, bajo cualquier modalidad.
2. Los intereses devengados por los depósitos referidos en el numeral precedente, a partir de la fecha de constitución o de su última reno-

vación. Estos intereses se devengan hasta la fecha de recepción de la relación a que se hace referencia en el artículo 154.

En caso de existir cuentas mancomunadas en un mismo miembro del Fondo, su monto se distribuye a prorrata entre los titulares de la cuenta de que se trate; y la cobertura tiene lugar, respecto de cada uno de ellos, con arreglo a los límites y condiciones enunciados en el artículo 153 y la restricción que resulta del párrafo siguiente.

El Fondo no cubre los depósitos de los que sean titulares quienes, durante los dos años previos a la declaración de disolución y liquidación, se hubieren desempeñado como directores o gerentes del miembro de que se trate».

«Artículo 153.- El monto máximo de cobertura es de S/. 12,206.oo por persona en cada empresa, comprendidos los intereses, siendo reajustado con arreglo a lo establecido en el artículo 18 (...)».

El Fondo es un monto de dinero que se forma e incrementa con aportes de las instituciones miembro y que está disponible para cubrir hasta por la cantidad que establece el artículo 153, los ahorros de las personas indicadas en el artículo 152. Si la institución en la que hicieron sus depósitos queda impedida de devolverlos por cualquier problema, el ahorrista recibirá la cantidad asegurada de este fondo a través de otras instituciones del sistema financiero.

En este mismo ámbito, hay que recordar que ya el Estado asumió en el pasado garantía por ciertos montos de ahorros depositados por el público en instituciones formales de ahorro y crédito:

- El Banco CCC fue avalado por el Decreto Ley 25539 del 11 de junio de 1992, al cual también se refirió en vía de aclaración el Decreto Ley 25590 del 29 de junio de 1992.

- Las mutuales de vivienda según el Decreto Ley 25624 del 22 de julio de 1992.

Estas medidas sirven para que, cuando menos el pequeño ahorrista, pueda tener la seguridad de que sus ahorros no desaparecerán en el caso

de una deficiente supervisión de la empresa por la Superintendencia, o de un mal manejo doloso o negligente de la misma por parte de sus propietarios. Esta seguridad, por lo demás, corresponde al deber que la Constitución establece al Estado, de hacer un seguimiento estricto de las empresas financieras por la Superintendencia de Banca y Seguros.

136.2 La Superintendencia de Banca y Seguros

Según el segundo párrafo del artículo 87 que comentamos, es una institución de rango constitucional destinada a controlar a las empresas que reciben depósitos del público y a aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, sean incluidas en su supervisión por ley.

La Ley 26702 caracteriza de esta manera a la Superintendencia:

«Ley 26702, artículo 345.- La Superintendencia de Banca y Seguros es una institución constitucionalmente autónoma y con personería de derecho público, cuyo objeto es proteger los intereses del público en el ámbito de los sistemas financiero y de seguros.

La Superintendencia ejerce en el ámbito de sus atribuciones, el control y la supervisión de las empresas conformantes del Sistema Financiero y Sistema de Seguros y de las demás personas naturales y jurídicas incorporadas por esta ley o por leyes especiales, de manera exclusiva en los aspectos que le corresponda.

La Superintendencia supervisa el cumplimiento de la Ley Orgánica y disposiciones complementarias del Banco Central, sin perjuicio del ejercicio de su autonomía, no incluyendo lo referente a la finalidad y funciones contenidas en los artículos 83 al 85 de la Constitución política del Perú».

Hay que notar que la razón de ser de la Superintendencia consiste en proteger los intereses del público, es decir, del ahorrista. Para ello, se le otorga una amplia función de supervisión y control a todas las empresas y personas jurídicas o naturales que se dediquen a manejar ahorros en la sociedad.

Los grandes principios que regulan esta función se hallan considerados en el artículo siguiente:

Ley 26702, artículo 347.- Corresponde a la Superintendencia defender los intereses del público, cautelando la solidez económica y financiera de las personas naturales y jurídicas sujetas a su control, velando porque se cumplan las normas legales, reglamentarias y estatutarias que las rigen; ejerciendo para ello el más amplio control de todas sus operaciones y negocios y denunciando penalmente la existencia de personas naturales y jurídicas que, sin la debida autorización ejerzan las actividades señaladas en la presente ley, procediendo a la clausura de sus locales y, en su caso, solicitando la disolución y liquidación del infractor».

Puede apreciarse que las actividades y funciones que desarrolla la Superintendencia son múltiples:

- Cautela la solidez económica y financiera de las personas sujetas a su control.
- Vela porque se cumplan las normas aplicables.
- Ejerce el más amplio control de las operaciones.
- Tiene atribuciones de denuncia penal.
- Puede clausurar locales ejecutivamente y por sí misma, sin intervención judicial, aún cuando deberá solicitar por los trámites correspondientes la disolución y liquidación de la empresa respectiva.

Sus funciones detalladas se hallan en el siguiente artículo:

"Artículo 349.- Son atribuciones del Superintendente, además de las ya establecidas en la presente ley, la siguientes:

1. Autorizar la organización y funcionamiento de personas jurídicas que tengan por fin realizar cualquiera de las operaciones señaladas en la presente ley;
2. Velar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos, estatutos y toda otra disposición que rige al Sistema Financiero y al Sistema de Seguros, ejerciendo para ello, el más amplio y absoluto control sobre todas las operaciones, negocios y en general cualquier acto jurídico que las empresas que los integran realicen;

3. Ejercer supervisión integral de las empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, las incorporadas por leyes especiales a su supervisión, así como a las que realicen operaciones complementarias;
4. Fiscalizar a las personas naturales o jurídicas que realicen colocación de fondos en el país.
5. Interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos que se estudien durante las inspecciones e investigaciones, para lo cual podrá ordenar su comparecencia, gozando para tal efecto, de las facultades que para esta diligencia autoriza el Código Procesal Civil.
6. Interpretar, en la vía administrativa, sujetándose a las disposiciones del derecho común y a los principios generales del derecho, los alcances de las normas legales que rigen a las empresas del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, así como a las que realizan servicios complementarios, constituyendo sus decisiones precedentes administrativos de obligatoria observancia;
7. Aprobar o modificar los reglamentos que corresponda emitir a la Superintendencia;
8. Establecer las normas generales que regulen los contratos e instrumentos relacionados con las operaciones señaladas en el Título III de la Sección Segunda de la presente ley; y aprobar las cláusulas generales de contratación que le sean sometidas por las empresas sujetas a su competencia, en la forma contemplada en los artículos pertinentes del Código Civil;
9. Dictar las normas necesarias para el ejercicio de las operaciones financieras y de seguros, y servicios complementarios a la actividad de las empresas y para la supervisión de las mismas, así como para la aplicación de la presente ley;
10. Dictar las disposiciones necesarias a fin de que las empresas del sistema financiero cumplan adecuadamente con los convenios suscritos por la República destinados a combatir el lavado de dinero;
11. Establecer la existencia de conglomerados financieros o mixtos y ejercer supervisión consolidada respecto de ellos de conformidad con el artículo 138;
12. Disponer la individualización de riesgos por cada empresa de manera separada;
13. Dictar las normas generales para precisar la elaboración, presentación y publicidad de los estados financieros y cualquier otra infor-

mación complementaria, cuidando que se refleje la real situación económico-financiera de las empresas, así como las normas sobre consolidación de estados financieros de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados;

14. Celebrar convenios de cooperación con otras Superintendencias y entidades afines de otros países con el fin de un mejor ejercicio de la supervisión consolidada;
15. Celebrar convenios con los otros organismos nacionales de supervisión a efectos de un adecuado ejercicio de la misma;
16. Coordinar con el Banco Central en todos los casos señalados en la presente ley;
17. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley del Mercado de Valores, la Superintendencia podrá dictar pautas de carácter general a las que deberá ceñirse la clasificación de las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros; y,
18. En general, se encuentra facultada para realizar todos los actos necesarios para salvaguardar los intereses del público, de conformidad con la presente ley».

Esta larga determinación de funciones caracteriza a la Superintendencia como una institución que puede ejercitar cualquier labor de control; que puede dictar normas reglamentarias de carácter general y de cumplimiento obligatorio para las empresas supervisadas; que puede establecer autónomanente vínculos de colaboración con otras entidades del país y del extranjero para llevar a cabo eficientemente su función (esto último, por lo demás, esencial en un mundo en el que el capital es cada vez más internacional y fluye rápidamente de un lugar a otro del mundo); y que finalmente tiene un inciso 18 en el que queda a su discreción utilizar los procedimientos y realizar los actos que protejan los intereses del público.

Es propio decir, también que por ser una instancia administrativa con gran poder, sus decisiones pueden ser impugnadas ante los órganos jurisdiccionales.

Según la Constitución el Superintendente de Banca y Seguros es designado por el Poder Ejecutivo y ratificado por el Congreso como, a su turno, lo es el Presidente del Banco Central de Reserva. Por algo que en nuestro concepto es un defecto técnico, la Constitución no se refiere a las

causales y procedimientos por los que el Superintendente puede ser removido y ello es grave porque entonces queda librado a una norma con rango de ley fácilmente modificable. Esto hace que una mayoría parlamentaria absoluta en el Congreso, pueda presionarlo amenazando con cambiar las reglas de juego existentes y eso no debería ser situación en la que podamos ponernos en materia tan delicada.

La Ley 26702 ha cubierto el vacío de la siguiente manera:

«Ley 26702, artículo 366.- Constituyen faltas graves del Superintendente:

a) No adoptar las medidas necesarias para sancionar según corresponda, a quienes, sin contar con la autorización correspondiente, realicen actividades propias de las empresas sujetas al control de la superintendencia;

b) La infracción a las prohibiciones establecidas en el artículo 365 (que son los impedimentos para ser nombrado superintendente).

c) No aplicar las sanciones a que se refiere el artículo 361, cuando cuente con la información debidamente comprobada que le demuestre fehacientemente la infracción cometida.

La remoción del Superintendente la efectúa el Congreso, por propia iniciativa, o a solicitud del Poder Ejecutivo en los siguientes casos:

1. Cuando, en el ejercicio de sus funciones, haya incurrido en falta grave, debidamente comprobada y fundamentada.

2. Cuando no concurriendo la causal prevista en el numeral anterior, se dicte contra él mandato firme de detención definitiva.

Cualquier denuncia penal que se formule contra el Superintendente de Banca y Seguros deberá ser interpuesta directamente ante el Fiscal de la Nación, quien será el único titular de la acción penal contra aquél. En caso de que encontrara fundada la denuncia, el Fiscal de la Nación la presentará ante la sala especializada de la Corte Superior de Lima, la que conocerá la materia en primera instancia. La sentencia podrá ser apelada

ante la Corte Suprema de la República, quien actuará en calidad de instancia revisora y final.

Este procedimiento se aplica a los Superintendentes Adjuntos».

TITULO III

CAPITULO VI

REGIMEN AGRARIO Y DE COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

137. TITULO III, CAPITULO VI: REGIMEN AGRARIO Y DE COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

El problema de la tierra y su explotación agropecuaria ha sido tema de permanente discusión política en el Perú, entre otras cosas, porque el país tiene un bajo índice de tierra explotable por cantidad de habitantes.

En materia de propiedad y explotación de tierras, a partir del año 1964, y con mayor énfasis aún a partir de 1969, se llevó adelante un proceso de reforma agraria que transformó la estructura de tenencia y propiedad de la tierra. Fue un fenómeno político, económico y social de inmensas proporciones, aplaudido y combatido, con luces y sombras, que no corresponde discutir aquí. La Constitución de 1979 asumió la existencia de la reforma agraria y la incorporó en sus normas, aunque atenuó algunos de los aspectos más drásticos del Decreto-ley que fue aprobado en Junio de 1969, particularmente en lo que se refería al concepto de conducción directa de la tierra (ver el artículo 157 de la Constitución de 1979), lo que influía en la posibilidad de retener o de ser despojado de la propiedad de tierra agropecuaria.

También se filtró a la Constitución de 1979 el espíritu mantenido por largo tiempo en las normas agrarias del país, que buscaba combatir tanto al latifundio como al minifundio (ver el artículo 159 inciso 1 de la Constitución de 1979).

La Constitución de 1993 no menciona el tema de la Reforma Agra-

ria y, simplemente, indica que la ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra. En lo demás, compromete al Estado en apoyar el desarrollo agrario y garantizar el derecho de propiedad sobre la tierra bajo cualquiera de las formas jurídicas en que pueda organizarse (lo que incluye las sociedades de capitales, prohibidas por la legislación anterior).

Puede apreciarse que en materia de concepción del agro peruano, las Constituciones de 1979 y 1993 son totalmente distintas y que, la actual, tiene una aproximación privatista, de desarrollo en base al esfuerzo privado, y de no intervención del Estado bajo ninguna de las formas que estableció antes la Reforma Agraria.

El segundo tema de esta parte son las Comunidades Campesinas y Nativas, que son formas ancestrales de organización de la población serrana y selvática del Perú (aunque en los últimos decenios también se han constituido algunas comunidades, comparativamente pocas, en la costa del país.

Las comunidades son organizaciones que incluyen lazos primarios de relación dentro del grupo, una organización para el trabajo y para la producción, con mecanismos de solidaridad y reciprocidad entre las familias conformantes. Aún hoy, con una notable disminución de las tareas comunes, se puede apreciar que continúan las tradiciones de las tareas comunales y de las formas de ayuda mutua entre los miembros de las comunidades. El trabajo y la organización colectiva, están todavía más presentes en las Comunidades Nativas de la Selva que en las Comunidades Campesinas de la Sierra, probablemente, por las menos buenas condiciones de vida de las primeras, que las obligan a compartir y a solidarizarse en grupo con mayor intensidad.

Un tema constitucional peruano durante todo el siglo XX, fue el de las características que asumía el dominio de tierras que cada comunidad nativa o campesina tiene para sí. La Constitución de 1920 estableció la imprescriptibilidad e inalienabilidad de dichas tierras y esa fue la tónica dominante durante las décadas que la siguieron. La Constitución de 1993, sin embargo, permite la libre disposición de las tierras de comunidades y también el abandono entendido como causal de extinción del derecho de propiedad. Sí mantiene el principio de imprescriptibilidad. Es la Constitución que más cerca ha estado, hasta ahora, de devolver las tierras co-

munales al mercado aunque, como vemos, no las ha restituido aún plenamente a él.

También ha sido tradicionalmente importante en el Perú el respeto de la existencia legal y personería jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas, reconocidos ambos aspectos por la Constitución de 1993, y el respeto y promoción de la identidad cultural que tiene cada grupo dentro de sí, lo que siempre se ha tomado como una gran riqueza cultural para la Nación. También estos aspectos son recogidos por la parte final del artículo 89 de la Constitución.

La Constitución de 1979 traía en su artículo 162 la norma que establecía: "*El Estado promueve el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas y Nativas. Fomenta las empresas comunales y cooperativas*". Probablemente entendiendo que una norma de esta naturaleza afecta el neoliberalismo imperante en la Carta, tanto para el desarrollo de las actividades económicas, como para la neutralidad y simple función reguladora y fiscalizadora del Estado, es probable que los constituyentes de 1993 hayan decidido eliminar el dispositivo.

Si bien es cierto que en el Perú se tropezó con innumerables problemas cuando se pretendió transformar a las comunidades en empresas comunales o cooperativas, y por ello parece razonable haber eliminado la parte final del artículo transcrito, consideramos que sí sería muy importante que el Estado se preocupara con prioridad de dotar a las comunidades campesinas de recursos esenciales para su desarrollo, probablemente, haciendo las obras de irrigación y viabilidad que ellas necesitan para poder asumir una posición más competitiva en el mercado productivo nacional. También es importante pensar que si bien las comunidades campesinas y nativas tienen dificultades para poder producir a niveles de competencia inclusive nacional, sí tienen productos que pueden ingresar a mercados especializados de demanda muy sofisticada. Para lograrlo, sin embargo, será necesaria una campaña de apoyo que las comunidades mismas nunca podrán emprender. El rol promotor del Estado en estos aspectos es muy importante y debería haber quedado en el texto de la Constitución.

138. Artículo 88

«Artículo 88.- El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

La Constitución de 1933 que tuvo una primera norma con este tipo de contenido:

«Constitución de 1933, artículo 47.- El Estado favorecerá la conservación y difusión de la mediana y la pequeña propiedad rural; y podrá, mediante una ley, y previa indemnización, expropiar tierras de dominio privado, especialmente las no explotadas, para subdividirlas o para enajenarlas en las condiciones que fije la ley».

La ley 15242 sustituyó este texto por el que a continuación transcribimos y que fue el comienzo de la experiencia de Reforma Agraria que transformó la estructura de propiedad del agro peruano y que desapareció, precisamente, con la Constitución de 1993:

«Constitución de 1933, artículo 47.- El Estado favorecerá la conservación y difusión de la pequeña y mediana propiedad rural. La ley fijará la extensión máxima de tierra de que puede ser dueño una sola persona natural o jurídica, según el tipo de explotación a que la tierra se dedique y tomando en cuenta las peculiaridades demográficas, sociales y geográficas de cada zona o región, así como las condiciones naturales y técnicas de producción.

El Estado dará el apoyo económico y técnico necesario para desarrollar la propiedad rural y los sistemas cooperativo y comunitario de explotación y comercialización».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los antecedentes de esta norma están en los siguientes dispositivos de la Constitución de 1979:

"Artículo 156.- El Estado otorga prioridad al desarrollo integral del sector agrario".

"Artículo 157.- El Estado garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra, en forma individual, cooperativa, comunal, autogestionaria o cualquier otra forma asociativa, directamente conducida por su propietario, en armonía con el interés social y dentro de las regulaciones y limitaciones que establecen las leyes.

Hay conducción directa cuando el poseedor legítimo e inmediato tiene la dirección personal y la responsabilidad de la empresa.

Las tierras abandonadas pasan al dominio del Estado para su adjudicación a campesinos sin tierras".

"Artículo 159.- La reforma agraria es el instrumento de transformación de la estructura rural y de promoción integral del hombre del campo. Se dirige hacia un sistema justo de propiedad, tenencia y trabajo de la tierra para el desarrollo económico y social de la Nación. Con ese fin, el Estado:

1. Prohibe el latifundio y, gradualmente, elimina el minifundio mediante planes de concentración parcelaria.

[...]".

La Constitución de 1979 señalaba que el Estado otorgaba prioridad al sector agrario. La de 1993 dice que lo apoya preferentemente. En el campo de los textos normativos, ambas expresiones tienen la misma *ratio legis*. Lo propio puede decirse de las normas que establecen para garantizar la propiedad, esta vez, comparando la norma bajo comentario con el artículo 157 de la Constitución de 1993.

Mientras la Constitución de 1979 prohibía el latifundio y se propo-

nía eliminar el minifundio, la de 1993 señala, simplemente, que el Estado puede fijar los límites y la extensión de las tierras.

En relación al abandono de las tierras, la Constitución de 1979 decía que las que caían en tal situación se destinaban a su adjudicación a campesinos sin tierras. La de 1993 las adjudicará en venta.

Análisis exegético

El artículo trata de dos aspectos distintos: el desarrollo agrario y la propiedad de las tierras rurales. Ambos temas tienen un vínculo pero jurídicamente hay gran diferencia entre ellos. Es de lamentar que sean tratados, sistemáticamente, en el mismo artículo.

El apoyo preferente al desarrollo agrario exige que la política global del Gobierno, y la asignación de recursos del Presupuesto, se orienten con preferencia a generar condiciones de desarrollo agropecuario en el país y ello es tarea que requiere alta inversión y diversificación porque son muy distintos los problemas de las diversas regiones del país y, en buena cuenta, de cada uno de los microclimas existentes.

En la costa los elementos principales del desarrollo agrario son los siguientes:

- La escasez de agua y, a la vez, la pérdida de agua en el mar en la época de carga de los ríos. Toda la técnica de recolección y almacenamiento de agua, así como la de riego, están por hacerse en buena parte del territorio.
- Una política de control de plagas. No existe propiamente una política. Hay esfuerzos aislados pero no logran articularse para, por ejemplo, erradicar algunas de ellas en un esfuerzo colectivo. El trabajo se deja fundamentalmente a la inversión individual en pesticidas.
- Una política de desarrollo racional de áreas cultivadas con información suficiente sobre previsiones del mercado. En la actualidad, prácticamente no existen estadísticas útiles para tomar decisiones gerenciales sobre producción, particularmente agraria.
- Una política de desarrollo tecnológico que permita ingresar con

éxito a la producción y comercialización de productos de exportación.

- Todo ello requiere una política crediticia no sólo para la campaña productiva, sino para la reconstrucción de la infraestructura, destruida sistemáticamente durante las últimas décadas.

En la sierra, son necesarias las siguientes definiciones para el desarrollo agrario:

- Una política de desarrollo de los recursos hídricos disponibles y, muy especialmente, de almacenamiento del agua del período de lluvias para su posterior utilización para el riego.
- Una política de desarrollo de la producción oriunda y de apertura de mercados para ella.
- Una política fitosanitaria consistente que permita la utilización desde semilla mejorada, hasta formas ecológicamente adecuadas de control de plagas para poder ingresar en mercados que consumen productos no contaminados. Esta será una forma de contrarrestar el hecho de la menor productividad existente.
- Una política de manejo de recursos con criterio de cuenta y pisos ecológicos que permita una elevación de la cantidad y calidad de producción y un mejor nivel de vida para la población.
- Una política de combinación de actividades productivas agropecuarias con actividades artesanales y de pequeña industria que complementen los ingresos familiares.
- Una relación más consistente entre lo rural y las ciudades pequeñas e intermedias porque en la Sierra peruana, probablemente, la única forma de desarrollo es esta combinación.
- Desarrollar una política elemental de crédito.

Lo importante, desde luego, son dos cosas: la primera, que los programas del Estado no se conviertan en asistencialistas sino que busquen promocionar la iniciativa y la capacidad productiva del campesino. La segunda, que existan: no puede haber un sector agrario en una economía pobre dejado al libre juego de la oferta y la demanda, sobre todo cuando se habla de producción de alimentos, que es estratégica para todo proceso de desarrollo.

En el Perú se ha dictado una norma para el desarrollo agrario. Se trata del Decreto Legislativo 885 del 08 de noviembre de 1996. En él se

establece un sistema promocional para inversión en el agro que se focaliza en el otorgamiento de incentivos tributarios, los principales de los cuales son:

- La ley se refiere a las personas naturales o jurídicas que desarrollen cultivos o crianza, con excepción de la avicultura, la agroindustria y la industria forestal. El plazo de vigencia es de cinco años, hasta el 31 de diciembre del 2001.

- Aplica el impuesto mínimo a la renta y no la tasa normal.

- Exonera de tasas administrativas al Ministerio de Trabajo y Promoción social a los empleadores.

- Exonera de la contribución al FONAVI a las remuneraciones de los trabajadores que laboren para estos empleadores bajo relación de dependencia.

- Crea un seguro de salud para los trabajadores de la actividad agraria en sustitución del Régimen normal de prestaciones de salud por el cual el empleador aportará 4% de la remuneración mínima vital por cada trabajador.

Es una ley destinada a beneficiar al nuevo inversionista en el agro, pero no soluciona ningún problema al campesino propietario de tierras de la actualidad, que lo que requiere es una política de estímulo a la producción en los términos que hemos indicado al inicio del comentario que ahora hacemos.

El artículo continúa, estableciendo que el Estado garantiza la propiedad sobre la tierra tanto en forma privada como en cualquier otra, comunal o asociativa. Es una plasmación en la actividad agropecuaria de los principios de libre iniciativa privada y libertad de empresa, comercio e industria que ya encontramos en los artículos 58 y 59 de la Constitución.

Sin embargo, acepta el principio de que fije límites y extensión de tierra según cada zona. Este fue el principio imperante bajo la Reforma Agraria iniciada en 1964 y acelerada a partir de 1969: existía una exten-

sión máxima de conducción directa, variable según calidades de tierra, regiones y producción agraria o pecuaria, por encima del cual se expropiaba para distribuirla entre campesinos sin tierra. Si bien no hay en los últimos años un proceso de redimensionamiento de la extensión de las tierras que se puede tener en propiedad, siempre queda la posibilidad constitucional de establecerlo según la norma que comentamos.

El segundo párrafo trata de las tierras agrarias abandonadas, que pasan a dominio del Estado para su adjudicación en venta a quienes deseen comprarlas. El abandono es causal de extinción del derecho de propiedad cuando se producen ciertos supuestos:

- Según el inciso 4 del artículo 968 del Código Civil, se produce el abandono del bien cuando han pasado veinte años sin que el propietario haya ejercitado las potestades de la propiedad sobre él.
- Según la ley 26505 del 17 de julio de 1995, en su artículo 5: «El abandono de tierras, a que se refiere el artículo 88 segundo párrafo de la Constitución Política del Perú, sólo se refiere a las tierras adjudicadas en concesión por el Estado, en los casos de incumplimiento de los términos y condiciones de aquella».

Deberemos entender, por tanto, que en materia de tierra agropecuaria, el abandono se refiere exclusivamente a tierras adjudicadas en concesión por el Estado, para lo cual tendrá que transcurrir el plazo establecido por el inciso 4 del artículo 968 del Código Civil, y que no se hallan afectas a dicha figura las tierras de propiedad entendido como el derecho real típico.

También entenderemos que la norma del artículo 968 del Código Civil, se refiere entonces a la propiedad urbana.

Sin embargo, Aroca plantea un problema particular del abandono en relación a las tierras de las comunidades nativas de la selva:

«De acuerdo al artículo 88 de la nueva Constitución y el artículo 5 de la Ley 26505, las tierras abandonadas por sus dueños quedan incorporadas al dominio público, para su adjudicación en venta. El abandono se producirá cuando las comunidades nativas incumplan los términos y condiciones de los contratos de cesión en uso que han suscrito con el Estado

por las tierras forestales que les ha adjudicado mediante concesión: talar árboles, cazar animales silvestres o pescar peces de sus «cochas», y comercializarlos sin autorización forestal.

Lo que hasta 1995 hubiera sido considerado incumplimiento de contrato, hoy en día, por una incorrecta aplicación de la Ley de Tierras, podrá significar la declaración de abandono de las tierras forestales de casi las dos terceras partes de las comunidades nativas de la selva.

Y es que la ley no se ha puesto en el caso de las características del suelo amazónico, cuya fragilidad ecológica requiere mantenerlas en descanso cinco años continuos. Tampoco se toma en cuenta la cosmovisión de los pueblos indígenas que, lejos de considerar sus tierras como un bien económico, las ven como la base esencial de la vida; y que, siendo vida, las tierras son sagradas y destruirlas sería destruirse a sí mismos» (199).

Consideramos que el problema tiene que verse y solucionarse: no se puede tratar a las tierras de selva con los criterios de abandono de las tierras de costa cuando su naturaleza, y el trabajo que se puede hacer sobre ellas, es considerablemente diferente.

En general, como podemos apreciar, el abandono de la propiedad está mal legislado en la combinación Constitución-leyes de desarrollo. Ya, al hablar del artículo 70, comentamos que a pesar que el abandono estaba legislado en las normas de rango de ley, no existía una norma general sobre él en las partes de la Constitución que tratan de la propiedad. Además, como hemos visto aquí, en materia de tierras de sierra y selva existen fenómenos naturales que impiden utilizar allí los criterios de abandono que se dan en la costa. Por ende, consideramos que el tema tiene que elaborarse mejor de la siguiente manera:

- Estableciendo a cuáles bienes se aplica y a cuáles no se aplica el

---

(199) AROCA MEDINA, Javier. *Los derechos humanos de los pueblos indígenas en la legislación peruana*. En APEP-CAAAP. *Derechos Humanos y Pueblos indígenas de la Amazonía peruana: realidad, normativa y perspectivas*. Lima, APEP-CAAAP, 1996, p. 59.

abandono. Pueden darse categorías genéricas pero es bueno que sean conocidas.

- Establecer los plazos y condiciones del abandono en el ámbito rural y en el urbano, sabiendo que son problemas distintos.
- Resolver expresamente el problema de la diferencia entre abandono y utilización racional de la tierra, lo que incluye descansos, especialmente en la zona de selva.
- Resolver con particular énfasis el problema del abandono en las concesiones que hayan obtenido las comunidades nativas.

En todo caso, las tierras que reciba el Estado por abandono, deben ser adjudicadas en venta, es decir, vendidas en subasta pública a inversionistas que deseen adquirirlas.

Finalmente, queremos recordar que el artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, dedica una norma especial a la situación de la mujer rural. Dice:

«Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 14.-

1.- Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer de las zonas rurales (...)».

Es sabido que la mujer cumple un papel fundamental en la familia rural, y no sólo en su rol exclusivo de esposa y madre (como muchas veces sucede en el ámbito urbano), sino que además realiza verdaderamente tareas que son esenciales para la sobrevivencia de la familia: trabaja la chacra, prepara los alimentos que autoconsumirá la familia en el largo plazo, comercializa la producción, hace de pastora y de criadora de los animales domésticos que consumen en la casa, realiza laboras complementarias como trabajadora fuera del hogar, etc.

Sin embargo, es también uno de los ámbitos en los que la mujer sufre mayor opresión en la relación entre los sexos, es decir, mayor dis-

criminación. Y ello no sólo por razón cultural, sino inclusive jurídica. Entre otros elementos existen los siguientes:

- Si la familia no está civilmente constituida, no se le reconoce condición de compañera permanente, con los derechos que serían propios de una cónyuge, durante la existencia de la relación de pareja. A estos efectos no es suficiente, en el contexto rural, con la sociedad de bienes de que habla el artículo 5, pensada más para un contexto urbano.
- No se le suele reconocer derecho de participar en las asambleas de comunidades o de asociaciones, donde la representación la lleva el marido.
- Tampoco se le reconoce usualmente derechos hereditarios sobre las parcelas de propiedad familiar, por aplicación de las reglas urbanas o rurales tradicionales.
- Tiene restricciones para el acceso al crédito y a otras facilidades.
- Tiene normalmente menor grado de instrucción que el varón.

Todas estas limitaciones forman una estructura compleja en la que lo jurídico y los patrones culturales se dan la mano. Los Estados tienen por el artículo señalado, el deber de lograr una aplicación cabal de los principios de no discriminación a la mujer en el ámbito agrario y, de acuerdo a la metodología que utilizamos en este comentario, consideramos que aquí estamos ante un derecho humano de rango constitucional, exigible jurídicamente a través de las garantías constitucionales.

139. Artículo 89

> *«Artículo 89.- Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.*
>
> *Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.*

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.»

Antecedentes en las Constituciones de 1823 a 1933

Las normas protectivas a las Comunidades de Indígenas (hoy denominadas Comunidades Campesinas y Nativas), comienza en la Constitución de 1920:

«Constitución de 1920, artículo 58.- El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades.

La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les corresponden».

La Constitución de 1933, sin embargo, estableció una amplísima normatividad protectiva de las Comunidades:

"Constitución de 1933, artículo 207.- Las comunidades de indígenas tienen existencia legal y personería jurídica».

«Constitución de 1933, artículo 208.- El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades.

La ley organiza el catastro correspondiente».

«Constitución de 1933, artículo 209.- La propiedad de las comunidades es imprescriptible e inenajenable, salvo el caso de expropiación por causa de utilidad pública, previa indemnización. Es asimismo, inembargable».

«Constitución de 1933, artículo 210.- Los Concejos Municipales ni corporación o autoridad alguna intervendrán en la recaudación ni en la administración de las rentas y bienes de las comunidades».

«Constitución de 1933, artículo 211.- El Estado procurará de preferencia dotar de tierras a las comunidades de indígenas que no las tengan

en cantidad suficiente para las necesidades de su población y podrá expropiar, con tal propósito, tierras de propiedad particular, previa indemnización». (Este artículo fue modificado por la ley 15242, que atenuó la rigurosidad del procedimiento expropiatorio a fin de facilitar la obtención legal de tierras para las comunidades).

«Constitución de 1933, artículo 212.- El Estado dictará la legislación civil, penal, económica, educacional y administrativa, que las peculiares condiciones de los indígenas exigen».

Antecedentes en la Constitución de 1979

Los artículos antecedentes en la Constitución de 1979 de éste que comentamos son transcritos a continuación:

"*Artículo 161.- Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece.*

El Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes".

"*Artículo 163.- Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de ésta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero.*

Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad".

Las dos Constituciones tienen normas comunes respecto de lo siguiente:

- Que las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y personería jurídica.

- Que son autónomas en su organización, en el trabajo comunal, en el uso de sus tierras, y en lo económico y administrativo dentro de la ley.
- En que el Estado respeta su identidad cultural (o sus tradiciones) que en el lenguaje general de las Constituciones tiene un significado gruesamente similar.

La Constitución de 1993 da un tratamiento distinto a las tierras de las comunidades en dos aspectos:

- Otorga su libre disposición.
- Establece la imprescriptibilidad de las tierras de comunidades pero están afectas al abandono de la propiedad.

La Constitución de 1979 las declaraba inembargables, imprescriptibles e inalienables salvo ley fundada en el interés de la comunidad y solicitada por dos tercios de los comuneros. También podía haber expropiación por necesidad y utilidad pública. Tanto la venta como la expropiación deben ocurrir previo pago en dinero.

La Constitución de 1993, en este sentido, ha avanzado en su pretensión de incorporar las tierras comunales al mercado, aunque no las ha incluido completamente en él. Respecto de este tema, la Constitución de 1979 tenía una vocación más protectiva y tutelar, aunque había también disminuido el rigor de la inalienabilidad (no así en el caso de las instituciones del abandono y de la inembargabilidad).

Análisis exegético

El artículo que comentamos se refiere a las Comunidades Campesinas y nativas indicando que existen legalmente y que son personas jurídicas, es decir, que tienen personería, capacidad de ejercer derechos y de tener deberes. El segundo otorga a las comunidades autonomía económica y administrativa dentro del marco de la ley.

Sobre el número de comunidades campesinas existentes en el Perú es importante el siguiente párrafo:

"A marzo de 1992 se encontraban reconocidas 4,796 Comunidades

Campesinas, que representan a una población aproximada de 5'000,000. La gran mayoría pertenece a la cultura quechua y en menor proporción son aymaras. Las Comunidades Campesinas tienen autoridades elegidas democráticamente y, por lo general, tienen vida institucional activa" (200).

Diversos estudios se han dedicado durante muchos años a la importancia que las Comunidades Campesinas tienen y tuvieron en el Perú. Los principales aspectos que se destacan en la literatura son los siguientes:

- Son organizaciones sociales democráticas y autónomas en las que participan familias comuneras que tienen vínculos sociales, económicos y culturales entre sí. Trabajan la tierra individualmente y también en comunidad, y colaboran entre sí para sobrellevar mejor los problemas y las tareas arduas. La Constitución les da en este artículo que comentamos, autonomía en su organización:

  "Las comunidades campesinas constituyen una forma de organización propia del sector campesino en nuestro país. Ellas están integradas por grupos de familias que habitan y controlan determinados territorios. Entre ellas existen vínculos sociales económicos y culturales; y tienen como práctica consuetudinaria el realizar trabajos colectivos en provecho de la comunidad, tales como el limpiar y reparar los canales de agua, construir o reparar los puentes, caminos, la escuela o la iglesia de la comunidad, cultivar las tierras de la comunidad o pastar el ganado de ésta, a fin de disponer de recursos económicos que le permitan afrontar gastos colectivos.

  Las Comunidades Campesinas se caracterizan por constituir organizaciones democráticas y autónomas, que funcionan de acuerdo a usos y costumbres ancestrales. Son democráticas, no sólo porque sus autoridades son elegidas periódicamente por la comunidad, sino

---

(200) REVILLA, Ana Teresa. *Justicia de Paz y Derecho Consuetudinario*. En VARIOS AUTORES. *Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú (Foro)*. Lima, P y G Impresiones E.I.R.L., 1994, p. 79.

sobre todo porque todas las decisiones importantes de la vida institucional de la Comunidad son tomadas en la asamblea general en la que participan todos los comuneros. Son autónomas pues funcionan de manera independiente como órgano de gobierno propio, y de acuerdo a normas internas de la comunidad. Estas normas si bien no están contenidas en textos escritos, rigen la vida y el funcionamiento de la Comunidad" (201).

- Las Comunidades Campesinas tienen una organización productiva establecida sobre dos bases: una es la del trabajo familiar de una parte de la tierra que, en realidad, está entregada en derecho a cada familia comunera. La otra, es la del trabajo común en tierras que son consideradas de la comunidad y de beneficio para todos. Hay que recordar que el artículo 89 de la Constitución establece autonomía en el trabajo comunal:

  "Si bien no se puede establecer un esquema general para todas las Comunidades, se puede decir que al interior de ellas existe un doble sistema de uso de la tierra: familiar (del comunero con su familia) y colectivo (de los miembros de la Comunidad en conjunto). La explotación familiar puede producir sobre tierras consideradas del dominio del comunero y su familia, como sobre tierras comunales; la explotación colectiva puede ser en beneficio de los comuneros en forma individual, o en beneficio de la comunidad en su conjunto. Esto dependiendo de la variedad de tierras que tenga la Comunidad" (202).

- Según Eguren, las comunidades campesinas han contribuido a la modernización de la sierra porque han suplido al Estado en la prestación de servicios importantes con los cuales éste nunca llegó:

  "Las comunidades han cumplido un papel importante en la modernización de la sierra. Muchos dudarán de esta afirmación, pues és-

---

(201) REVILLA V., Ana Teresa y PRICE M., Jorge. *La administración de la justicia informal.* Lima, Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, 1992, p. 33.

(202) REVILLA V., Ana Teresa y PRICE M., Jorge. *La administración de la justicia informal.* Lima, Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, 1992, p. 70.

tas son también reductos de tradición y conservadurismo. Pero es innegable que las comunidades han suplido en medida importante muchas carencias derivadas de la desatención del Estado, vitales para la modernización de la economía y la cultura, construyendo vías de comunicación y obras de infraestructura necesarias tanto a las actividades productivas y su vinculación al mercado, como a la educación y a la salud. Recientemente, son muchas las comunidades que han logrado comunicarse con las redes de información mundial a través de la instalación de antenas parabólicas costeadas con sus propios recursos" (203).

- Las Comunidades ayudan a organizar los escalones más elementales del Estado, contribuyendo con su organicidad a la constitución de reparticiones del territorio nacional organizadas y conducidas políticamente:

  "Las comunidades también han cumplido y aún cumplen un papel importante en la construcción del Estado nacional en las áreas rurales. No otra cosa es su reivindicación, lograda en muchos casos, de convertirse en distritos. Es así que las comunidades logran lo que el Estado desde arriba ha mostrado poca capacidad de hacer: encontrar modos de relación con sectores sociales marginados y territorialmente dispersos. Muchos grupos de campesinos y de pequeños agricultores forman comunidades nuevas precisamente para lograr formar parte de la red institucional del país y acceder a los beneficios, por magros que fueran, de una relación con el Estado" (204).

- Finalmente, Eguren sostiene que cumplen una función de garantía de sobrevivencia de millones de peruanos:

---

(203) EGUREN, Fernando . *Comunidades campesinas y su protección.* En VARIOS AUTORES. *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional.* Lima, CAAAP-SER, 1993, p. 61.

(204) EGUREN, Fernando . Comunidades campesinas y su protección. En VARIOS AUTORES. *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional.* Lima, CAAAP-SER, 1993, p. 61.

"Es razonable, finalmente, afirmar como hipótesis que las comunidades cumplen otra función, directamente vinculada a las consecuencias de la desastrosa gestión económica que vive el país desde hace varias décadas: el de asegurar la sobrevivencia de centenares de miles, si no algunos millones, de peruanos" (205).

En relación a las Comunidades nativas, dice Ana Teresa Revilla:

> Las Comunidades Nativas son menos en número y en población que las Comunidades Campesinas. Según el censo de 1993 existen 1,297 Comunidades Indígenas de la Amazonía, con una población total de 190,297. Sin embargo, a pesar de no ser una población mayoritaria, ellas integran 47 grupos étnicos distintos. Es decir, unidades poblacionales que hablan la misma lengua, ocupan un territorio continuo y comparten una cultura común (Perú: Primer Censo de Comunidades Indígenas de la Amazonia, INE) (206).

Las Comunidades Nativas de la Selva no fueron siempre reconocidas jurídicamente en el Perú. Es más, como hemos tenido oportunidad de ver al comentar el artículo 69 de la Constitución, las políticas de colonización amazónica del Estado Peruano han considerado que es tierra virgen y deshabitada lo que, desde luego nunca fue cierto. Sin embargo sí fue síntoma del sentir que sobre ella tenían la capital y sus políticos. Regan se refiere a su reconocimiento y características principales:

> En 1974 el Estado Peruano dio reconocimiento, existencia legal y personería jurídica a las poblaciones indígenas de la selva. El término comunidad nativa propuesto es el siguiente:

---

(205) EGUREN, Fernando. *Comunidades campesinas y su protección.* En VARIOS AUTORES. *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional.* Lima, CAAAP-SER, 1993, p. 62

(206) REVILLA, Ana Teresa. *Justicia de Paz y Derecho Consuetudinario.* En VARIOS AUTORES. *Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú (Foro).* Lima, P y G Impresiones E.I.R.L., 1994, p. 79.

La unidad socio-económica estable, vinculada a un determinado espacio territorial, con un tipo de asentamiento que puede ser nucleado (comunidad moderna) o disperso (comunidad tradicional), que se autoreconoce como comunidad y que se diferencia de las otras unidades socio-económicas vecinas, sean nativas o no (Varese 1972:164).

El problema de esta definición es que, en muchos lugares, la comunidad nativa no es una unidad socio-económica estable. Es más bien una unidad política. La unidad socio-económica estable es la familia extensa o en su forma ampliada lo que se puede llamar el clan familiar local. El nuevo sistema, después de veinte años, en varios lugares todavía no se ha consolidado y puede propiciar diversos conflictos.

De hecho, una comunidad aguaruna hace poco ha modificado sus estatutos para incluir el consejo de jefes de los clanes. Ya no realizan asambleas de comunidad, sino asambleas de clanes. Luego los jefes de los clanes se reúnen con el jefe de la comunidad para coordinar actividades. Han vuelto a una forma tradicional de organizarse, que está más de acuerdo a su realidad.

En el tipo de asamblea contemplada por la Ley, una familia numerosa podría dominar a otras. Una organización como el consejo de jefes de clanes permite una participación igual de las diversas familias. Entre los nativos la unidad básica de la sociedad, más que el individuo, es la familia. También permite una mayor participación de las mujeres (207).

De esta cita son interesantes las siguientes anotaciones:

- La organización que da la ley a las comunidades no corresponde ni a sus tradiciones ni a la naturaleza del poder que debe ser ejercitado internamente. Por ello, las comunidades vuelven a sus formas

---

(207) REGAN, S.J., Jaime. *Organización para el desarrollo de las poblaciones nativas.* En VARIOS AUTORES. *Culturas amazónicas y política nacional: un nuevo diálogo.* Lima, CAAAP, 1995, p. 21.

tradicionales de organización que, aunque parezcan menos eficientes, dentro de la sociedad que ellas conforman sí lo son.

- Las comunidades son instituciones en las que la familia es más miembro de la sociedad que el individuo. Por consiguiente, los patrones individualistas de nuestro Derecho deben ser analizados y tamizados antes de pretenderse su aplicación a ellas.

- Dentro de las comunidades nativas es muy importante adoptar formas de organización que eviten que una familia poderosa o numerosa, se imponga sobre las otras y las domine.

En la medida que el Estado se halla ausente de la inmensa mayoría del territorio de la Amazonía en el Perú, las Comunidades Nativas son la vía de organización de la sociedad en la zona. Asumen muchas funciones que deberían ser estatales en materia de servicios e, inclusive, en la administración de justicia para sus miembros:

"Las comunidades nativas administran justicia; ello es aceptado y respetado por los propios nativos. La nuestra es una sociedad pluricultural, muy compleja, y por tanto necesitada de incorporar los elementos de todas las culturas, con sus valores, verdades y moral propios, para que el Estado tenga legitimidad política. Sería interesante que la Constitución incorporara una norma que reconociera la facultad de administrar justicia en asuntos de mínima cuantía o en conflictos menores, como lo establece la ley de comunidades nativas vigente, lo que contribuiría a cerrar la brecha que existe entre el sistema nacional y las comunidades" (208).

La propuesta que formula Aroca en la parte final de la cita transcrita, ha sido ya incorporada en el artículo 149 de la Constitución, que comentamos oportunamente.

---

(208) AROCA MEDINA, Américo Javier. *Problemática de las Comunidades Nativas*. En VARIOS AUTORES *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*. Lima, CAAAP-SER, 1993, p. 187.

En relación a la libre disposición de las tierras de las comunidades campesinas de la costa, la ley 26845 del 23 de Julio de 1997 ha establecido lo siguiente:

"Ley 26845, artículo 5.- Los comuneros poseedores de tierras comunales de las Comunidades Campesinas de la Costa, pueden acordar el régimen de la propiedad de las tierras que ocupan".

"Ley 26845, artículo 6.- Los comuneros poseedores por más de un año, podrán solicitar la adjudicación a título de propiedad de las tierras que conducen. Para la aprobación de dicha solicitud se requiere el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros poseedores por más de un año, asistentes a la Asamblea.

Este acuerdo puede realizarse entre comuneros poseedores ubicados en el mismo Anexo o Sector, cuyos alcances serán definidos en el reglamento".

"Ley 26845, artículo 7.- Para la adquisición en propiedad, de tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, que ocupan terceros poseedores por un período no menor de dos años sin relación contractual, se requiere del voto favorable de no menos del treinta por ciento (30%) de los comuneros calificados de la comunidad, asistentes a la Asamblea General, sea en primera o segunda convocatoria.

El quórum necesario para declarar válidamente instaladas las asambleas a que se refieren los artículos 6 y 7 de la presente ley será fijado en el reglamento".

Un tema particularmente difícil con las comunidades nativas de la Selva en materia del dominio de sus tierras, es que han habitado durante siglos en ciertos territorios que reconocen como suyos, dentro de los cuales viven alternativamente en uno y en otros lugares; donde no explotan masivamente los recursos para no empobrecer el medio ambiente; donde las parcelas de cultivo tienen que descansar varios años para recuperar sus capacidades productivas. Además, como es obvio, sus mejores tierras están al borde de los ríos que dan agua y permiten la navegación y, con ella, la comunicación.

Por consiguiente, la tierra detentada en esas condiciones resulta de gran importancia para las comunidades nativas y, el régimen de dominio y tenencia, debe ser adaptado a sus circunstancias. No debe trasladarse mecánicamente la normatividad que sirve en otros lugares del país. Uno de los problemas más graves es el del abandono, que ya vimos a propósito del artículo 88 y que se vuelve a tratar en éste:

> De acuerdo al artículo 88 de la nueva Constitución y al artículo 5 de la Ley 26505, las tierras abandonadas por sus dueños quedan incorporadas al dominio público, para su adjudicación en venta. El abandono se producirá cuando las comunidades nativas incumplan los términos y condiciones de los contratos de cesión en uso que han suscrito con el Estado por las tierras forestales que les ha adjudicado mediante concesión: talar árboles, cazar animales silvestres o pescar peces de sus «cochas», y comercializarlos sin autorización forestal.
>
> Lo que hasta 1995 hubiera sido considerado incumplimiento de contrato, hoy en día, por una incorrecta aplicación de la Ley de Tierras, podrá significar la declaración de abandono de las tierras forestales de casi las dos terceras partes de las comunidades nativas de la selva.
>
> Y es que la ley no se ha puesto en el caso de las características del suelo amazónico, cuya fragilidad ecológica requiere mantenerlas en descanso cinco años continuos. Tampoco se toma en cuenta la cosmovisión de los pueblos indígenas que, lejos de considerar sus tierras como un bien económico, las ven como la base esencial de la vida; y que, siendo vida, las tierras son sagradas y destruirlas sería destruirse a sí mismos (209).

De otro lado, el artículo 89 de la Constitución les da libre disposición de sus tierras, aunque considera que su propiedad sobre ellas es

---

(209) AROCA MEDINA, Javier. *Los derechos humanos de los pueblos indígenas en la legislación peruana*. En APEP-CAAAP. *Derechos Humanos y Pueblos indígenas de la Amazonía peruana: realidad, normativa y perspectivas*. Lima, APEP-CAAAP, 1996. p. 59.

imprescriptible. Las dos normas pueden cohabitar perfectamente desde el punto de vista formal: las comunidades nativas pueden transferir pero, si no lo hacen, nadie puede adquirir por usucapión sus tierras.

Sin embargo, es muy discutible que las comunidades nativas puedan vender sus tierras, porque ello no tiene ni mucho sentido económico, ni tampoco significación positiva para su cultura:

"No se juzga prudente que pudiera liberalizarse el «mercado de tierras», incluyendo las tierras comunales, porque esto significaría la extinción de las comunidades como pueblos, la pérdida de su identidad y la miseria social.

Por la importancia que reviste para el país, y como ha sido expresado en el derecho internacional, la protección de las tierras de los pueblos indígenas, debe continuar en el texto constitucional. El concepto de propiedad privada no es suficiente para brindar las garantías necesarias a la realidad de las comunidades, que tienen y guardan una relación especial con sus tierras, con sus recursos naturales, para su existencia social, espiritual, cultural, económica y política, lo que a su vez está relacionado con su derecho a la autodeterminación y autonomía en sus tierras" (210).

Un reciente estudio realizado sobre problemas de derechos humanos y comunidades nativas, arroja las siguientes conclusiones sobre el tema, que nos parecen ilustrativas y por ello las transcribimos:

"A partir del estudio de casos de los Pueblos Asháninka, Aguaruna, Shipibo y Yagua, formulamos las siguientes conclusiones:

1.- Tierras y territorio indígena.
   1.1. El territorio representa para los pueblos indígenas de la Amazonía Peruana, su fuente de vida y su cultura; sin embargo, este espacio está siendo reducido.

---

(210) AROCA MEDINA, Américo Javier. *Problemática de las Comunidades Nativas.* En VARIOS AUTORES. *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional.* Lima, CAAAP-SER, 1993, p. 188.

1.2. La declaración de abandono sobre las tierras forestales de los pueblos indígenas, organizadas como comunidades nativas, es una amenaza grave, producto de la desaparición del régimen de protección de tierras que no está mencionado en la nueva Constitución política.

1.3. Otras causas de la reducción del territorio de los pueblos indígenas son:

(a) La extracción desmesurada de materias primas;

(b) La búsqueda de una salida a la presión de la tierra y su consiguiente colonización; y

(c) En muchos casos, el sometimiento de las tierras a un proceso de prospección y explotación minera, de hidrocarburos y agroindustrial.

1.4. Estas circunstancias afectan la posesión y la propiedad de las tierras que tradicionalmente han ocupado los pueblos indígenas de la Amazonía, así como la integridad de la calidad de vida, la cultura y la supervivencia del indígena.

1.5. La deforestación, la destrucción de la selva original, la disminución de la biodiversidad y de los recursos de caza y pesca, desequilibran la dinámica relación indígena-tierra y atentan contra el habitat natural y cultural de las comunidades.

1.6. Entre tanto, los derechos de los pueblos indígenas no han sido tomados en cuenta. Debido a esta política los colonos se han establecido libremente en ciudades y caseríos, afectando con frecuencia los derechos constitucionales sobre la tierra de las comunidades nativas con la indiferencia del Gobierno frente a sus problemas y necesidades" (211).

Los derechos de los pueblos amazónicos son reclamados por el Convenio 169 de la OIT:

- El concepto de tierra como territorio para los pueblos nativos:

---

(211) APEP-CAAAP. *Derechos Humanos y Pueblos indígenas de la Amazonía peruana: realidad, normativa y perspectivas.* Lima, APEP-CAAAP, 1996. Conclusiones, p. 227.

"Convenio N. 169 OIT, artículo 13.-

[...]

2.- La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera»".

- La propiedad y posesión sobre las tierras que les son propias por tradición:

  "Convenio N. 169 OIT, artículo 14.-

  1.- Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse las medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

  2.- Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

  3.- Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados»".

- El derecho de los pueblos a la protección de los recursos naturales existentes en sus tierras y su derecho a participar en las instancias encargadas de utilizarlos, administrarlos y conservarlos.

  "Convenio N. 169 OIT, artículo 15.-

1.- Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2.- En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades»".

En relación a las comunidades campesinas de la Costa peruana, la Ley 26845 ha establecido la siguiente norma sobre el abandono de tierras:

"Ley 26845, artículo 10.- Procede declarar el abandono legal de las tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa, de conformidad con los artículos 88 y 89 de la Constitución Política del Perú, cuando terceros poseedores en condición de precarios las tengan dedicadas a la actividad agraria bajo explotación económica, pública, pacífica e ininterrumpida por un plazo no menor de dos años a la fecha de presentación de la solicitud de declaración de abandono y de acuerdo a lo previsto en el artículo 27 del Decreto Legislativo 667 siempre que ofertada la compra por dichos poseedores precarios, ésta no se hubiera concertado con la comunidad.

[...]

En los casos en que se hubiera iniciado el procedimiento de declaratoria de abandono, se dará por concluido éste si la Comunidad Campesina de la Costa, a cuyo favor se encuentran inscritas las tierras, otorga el título de propiedad respectivo".

El párrafo final del artículo 89 establece el deber del Estado de respetar la identidad cultural de las Comunidades Campesina y Nativas. En ello hay mucho de lo establecido anteriormente, también en el ámbito del manejo de sus tierras y del respeto a sus derechos ancestrales, que no es sino reconocimiento de identidad cultural en su verdadera esencia. La norma concuerda con el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución que hace una declaración más general sobre el derecho a la identidad cultural.

No hay que olvidar al tratar el tema de las comunidades campesinas y nativas, que el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución obliga ante la laguna de Derecho, a aplicar los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario. Este último es especialmente importante en las comunidades.

Tampoco hay que olvidar que el artículo 149 da a sus autoridades funciones jurisdiccionales cumplidas ciertas circunstancias: «*Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. la ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial*».

Comentamos cada uno de estos artículos en el lugar que les corresponde.

ESTUDIO DE LA CONSTITUCION POLITICA DE 1993. TOMO III
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.

GUILLERMO 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. 2 t. 684 p.