

BALDO KRESALJA / CÉSAR OCHOA

DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

BALDO KRESALJA / CÉSAR OCHOA

**DERECHO CONSTITUCIONAL
ECONÓMICO**



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

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

Derecho constitucional económico
Baldo Kresalja y César Ochoa

© Baldo Kresalja y César Ochoa, 2009

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición, diseño de cubierta y diagramación de interiores:
Fondo Editorial PUCP

Primera edición: setiembre de 2009
Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-11292
ISBN: 978-9972-42-904-0
Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

CAPÍTULO VI

LAS CONSTITUCIONES ECONÓMICAS DE LA REPÚBLICA PERUANA

1. EL LIBERALISMO CLÁSICO EN LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XIX

1.1 Cuestiones preliminares

Las constituciones peruanas del siglo XIX se inscriben dentro del liberalismo clásico, pero en el marco de un proceso de *reestructuración precapitalista*, esto es, un sincretismo que adapta relaciones sociales basadas en una estratificación étnica estamental con un ordenamiento jurídico liberal, sin modificaciones de fondo en las estructuras socioeconómicas heredadas del periodo colonial¹.

Como señala Braudel, en términos aplicables al Perú de inicios de la República: «Una sociedad de este tipo, derivada de la sociedad feudal y que todavía sigue siendo feudal a medias, es una sociedad en la cual la propiedad y los privilegios sociales se encuentran relativamente a salvo, en la cual las familias pueden disfrutar de aquellos con relativa tranquilidad, al ser la propiedad sacrosanta y desear ellos que así sea, y en la cual permanecen, por lo general, en su sitio»².

En ese contexto, el cambio de textos constitucionales es síntoma de la patología política de aquella época, esto es, la sucesión de gobiernos de los caudillos militares en la época fundacional de la República³.

En el ámbito de las ideas políticas no existieron diferencias profundas entre conservadores y liberales, hasta el arribo del Manuel Pardo y Lavalle al poder en 1872. El partido civil que fundara significó un cambio muy significativo con el periodo anterior dominado por el caudillaje militar, proponiendo un conjunto de modificaciones legislativas, especialmente en el ámbito de la educación y de la tributación, enfrentándose a los

¹ Mientras que en términos del marxismo se trataría de una modernización de la superestructura jurídico-política sin modificar sustancialmente la infraestructura económica y social de la sociedad precapitalista, para el enfoque neoliberal de DE SOTO (*El otro sendero* 1986, p. 259) se inició un sistema económico *mercantilista* cuyo desarrollo se ha caracterizado por «la producción autoritaria de la legislación. Un sistema económico directamente intervenido por el Estado, una reglamentación engorrosa, detallada y “dirigista” de la economía, acceso difícil o imposible a la empresa por parte de los que no tienen vínculos estrechos con los gobernantes, burocracias abigarradas y una ciudadanía obligada en muchos casos a organizarse en coaliciones redistributivas y gremios poderosos».

² BRAUDEL 1985, p. 83.

³ ALJOVÍN DE LOSADA Y ARAYA 2006, p.181.

poderosos grupos económicos nacionales y extranjeros beneficiados con la economía del guano. Pardo rescató lo mejor del mensaje liberal presente al momento de la independencia, luchó por la conexión económica entre la costa y la sierra, y se apoyó en la naciente clase media, luchando contra la corrupción política. Fue la primera vez que la burguesía nacional tuvo un proyecto nacional de desarrollo. El asesinato de Pardo en 1878 y la posterior guerra del Pacífico con Chile impidieron que sus ideas se aplicaran en toda su amplitud, pero muchas de ellas mantendrían su influencia durante los lustros siguientes. Este importantísimo esfuerzo cívico del civilismo, es preciso reconocerlo, no tuvo sin embargo concreción constitucional⁴.

En términos generales, al igual de lo que ocurrió en otras partes de Latinoamérica, las propuestas políticas, tal como señala Hernando, sostenían un proyecto similar en términos económicos y sociales, es decir, una sociedad comercial moderada —lejos de la tendencia utilitarista— y una sociedad excluyente, no inclusiva. Las diferencias políticas podrían verse retratadas, por ejemplo, la naturaleza de los cambios, más acelerados en el caso de los liberales y más pausados en los conservadores. Se advierte en ese periodo cierta inclinación de los liberales por los sectores medios burgueses, mientras que los conservadores se acercaban a segmentos próximos a la clase terrateniente⁵.

Los documentos constitucionales del siglo XIX corresponden a corrientes jurídico-políticas originadas en el extranjero y dentro del contexto de un divorcio ley-realidad que Flores Galindo denominó acertadamente como una *República sin ciudadanos* debido a la exclusión social y al racismo⁶. Como señala Ugarte, la «historia del Perú, en lo económico como en lo político, es una perenne contradicción entre la ley y la práctica, entre el programa pomposo y la acción tímida y claudicante»⁷.

Así, nuestros textos fundamentales fueron en muchos casos expresiones jurídicas de *hipocresía constitucional* como han sido denominadas en la doctrina en otros países y circunstancias, sin dejar de reconocer que también existieron políticos que lucharon por un país moderno en el que los ciudadanos fueran mayoría, y que quizá creyeron en exceso, con poco apoyo en la realidad, en el poder transformador de la norma jurídica. López Soria destaca en ese contexto histórico al *discurso de las libertades*:

[...] los rasgos más significativos de la visión del Perú que se elabora desde el discurso de las libertades son la consideración del individuo como sujeto de derechos y deberes, y la postulación de un orden democrático que se institucionaliza en la forma de Estado-Nación. Desde la perspectiva de este discurso, el Perú se compone, por tanto de individuos cuya fuente de su dignidad está en su pertenencia a la especie humana, dignidad que en principio, es independiente de las condiciones de existencia de los individuos y de sus diferencias de género, raza, religión, lengua y cultura. La sociedad

⁴ Vid. Mc Evoy 2007.

⁵ HERNANDO 2005, p. 201.

⁶ FLORES GALINDO 1988, pp. 257-286.

⁷ UGARTE 1980, p. 19.

que resulta de la reunión de esos individuos se gobierna a través de la democracia representativa. Como, por otra parte, se sabe que el Perú es una sociedad fragmentada y atravesada de diferencias, se establecen como factores vinculantes el predominio del idioma castellano, el sistema occidental de imágenes y símbolos, las creencias cristianas y una juridicidad que se supone fruto de la confrontación racional de los ciudadanos. Subrayando, la importancia de este último vínculo, probablemente el más importante visto en perspectiva intercultural, Benito Laso, un liberal convencido del siglo XIX, propuso el «patriotismo de la ley» como factor esencial de vinculación entre los peruanos, adelantándose en más de un siglo al «patriotismo de la Constitución» que propone hoy Habermas para los alemanes⁸.

1.2 El derecho de propiedad

Por el artículo 1 del Estatuto Provisional de 1821 se garantizó a todo ciudadano el derecho a conservar y defender su propiedad. Sin perjuicio de este hecho histórico, como señala Basadre, la historia de la República del Perú empieza con el Congreso Constituyente de 1822⁹. Este Congreso aprueba la Constitución peruana de 1823 que fue la primera inspirada en el *discurso de las libertades*. Así, el artículo 4 proclamó que, «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 este pacto cualquiera que viole alguna de las leyes fundamentales».

En el inciso 3 de su artículo 193 dentro del capítulo V («Garantías Constitucionales») —actualmente sin duda correspondería a los derechos fundamentales— se proclamó la inviolabilidad de la propiedad privada. El reconocimiento constitucional del derecho de propiedad fue proclamado en todas las Cartas del siglo XIX, ya sean liberales o conservadoras¹⁰.

La primera Carta en definir claramente la garantía de la propiedad en materia de expropiación fue la Constitución de 1826, que dispuso en su artículo 84 como restricción del Presidente de la República: «No podrá privar a ningún individuo de su propiedad, sino en el caso que el interés público lo exija con urgencia; pero deberá proceder una justa indemnización al propietario». En el artículo 165 de la Constitución de 1828 se estableció que: «Si el bien público, legalmente reconocido, exigiere la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado de su valor»¹¹.

⁸ LÓPEZ SORIA 2007, pp. 86-87.

⁹ BASADRE Tomo I 1999 p. 2.

¹⁰ Artículo 142 de la Constitución de 1826; Artículo 149 de la Constitución de 1828; 161 de la Constitución de 1834; artículo 167 de la Constitución de 1839; artículo 125 de la Constitución de 1856; artículo 26 de la Constitución de 1860; y artículo 25 de la Constitución de 1867.

¹¹ Esta norma fue invocada por el conservador José María de Pando para oponerse a las leyes de abolición de esclavitud, que fue proclamada por primera vez en nuestros documentos constitucionales en el artículo 11 de la Constitución de 1823. Cfr. BASADRE, op. cit., Tomo 2, pp. 440-441.

En esa misma dirección, la Constitución de 1828 estableció en su artículo 160 que todas las propiedades eran enajenables a cualquier objeto a que pertenezcan¹². Como precisa Basadre: «las vinculaciones, así como el régimen de las manos muertas, sacaban la propiedad inmueble del comercio y circulación; y la encadenaban perpetuamente a una corporación o familia, excluyendo a todos los demás de la posibilidad de aspirar a ella. El modo de adquirir de nuevo estas propiedades se llamó amortización»¹³.

Estas disposiciones solo en apariencia afectaban los privilegios de la aristocracia, pues dividir las tierras, desvinculándolas de las «manos muertas» significaba llevarlas a las «manos vivas» de la clase aristocrática¹⁴. Como sostiene Miguez, la legislación ex vinculatoria:

[...] se había constituido en el recurso más eficaz para el crecimiento y la consolidación de la gran propiedad feudal, así se dio la paradoja que mientras los postulados de la Revolución Francesa sirvieron en Europa para derribar el feudalismo y destruir los privilegios de la nobleza y del clero, acá en América hispana sirvieron para todo lo contrario: para apuntalar y extender aún más el dominio feudalista de la tierra heredado de la Colonia, con los agravantes de una explotación casi gratuita del trabajo indígena¹⁵.

Otro proceso que se desarrolla en los primeros años de la República fue la concentración de la tierra mediante la enajenación de esta a los hacendados vecinos de las comunidades indígenas. Igualmente, ocurrió algo similar con la venta de tierras del Estado a los grandes propietarios. Este proceso se inicia con los decretos agrarios de Bolívar de 1824 y 1825: «Los grandes propietarios, con la ayuda o complacencia de las autoridades políticas, administrativas y locales se cuidaron de impedir que los indios resultaran agricultores independientes. Los decretos agrarios de Bolívar no tocaron a las haciendas en cuyo interior los colonos, aparceros o servidores recibían un tratamiento de contornos semif feudales¹⁶. En suma, se desarrolla el proceso de

¹² Hay que tener en cuenta el peso histórico de la *herencia colonial* española. Cfr. COTLER 1978. Como consecuencia, la República peruana asumió como pasivo a las instituciones jurídicas españolas en materia del derecho de propiedad. Como señala LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel 2002, p. 250, sobre este régimen jurídico en España: «amortización significaba que los bienes estaban destinados, ya al aprovechamiento de un común de vecinos, ya a las necesidades de la Iglesia (que, por cierto había acumulado en los siglos intermedios un importantísimo patrimonio) ya vinculados a una determinada estirpe nobiliaria, a través de figuras como el mayorazgo o la primogenitura; Como estas necesidades se entendía que perduraban en el tiempo, más allá de las generaciones concretas, se establecía que los tales bienes comunales, eclesiásticos o amayorazgados, no podían ser objeto de venta por sus respectivos titulares (que por carecer de tal posibilidad fueron calificados de manos muertas, y de ahí viene la palabra amortización)».

¹³ BASADRE, op. cit., pp. 116-117.

¹⁴ MIGUEZ 2009, p. 918

¹⁵ *Ibidem*, p. 920.

¹⁶ *Ibidem*, p. 117.

desmembramiento comunitario y del nacimiento del neolatifundio a expensas de las reservas territoriales indígenas.

1.3 La libertad de industria y comercio

Tal como se ha puesto de relieve, «la libertad económica, formulada inicialmente en las nuevas repúblicas americanas latinoamericanas bajo el enunciado de la libertad de comercio y más adelante también como libertad de industria, deberá pasar por un complejo proceso político y legislativo para afirmarse», pues el sistema económico va poco a poco consolidándose. Y continúa señalando que «el incipiente capitalismo necesitaba del afianzamiento de la libertad económica y la consiguiente formulación de un sistema jurídico adecuado a sus necesidades»¹⁷.

No cabe duda de que la influencia de la Revolución francesa hizo posible la generalización en muchas legislaciones de la libertad de industria y comercio, pero es preciso tener en cuenta las particularidades regionales o nacionales para enjuiciar su reconocimiento y efectiva materialización. Dice Kresalja:

[...] en aquellos territorios con una tradición centralista y mercantilista, como era el caso de las colonias españolas de América, que hasta muy entrado el siglo XVIII solo podían comercializar con los puertos de Sevilla y Cádiz, su implantación fue paulatina, a pesar de las reiteradas declaraciones constitucionales de las jóvenes repúblicas, que encuentran un antecedente expreso en la Constitución de Cádiz de 1812, la que en su artículo 131 da facultad a las Cortes para «promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan», así como en el Decreto del 8 de junio de 1813 en virtud del cual los constituyentes de Cádiz consagraron explícitamente la libertad de trabajo y permitieron la libre creación de fábricas, así como la libertad de comercio, la circulación de mercancías, y la venta de frutos «al precio que acomode» [...] ¹⁸.

Uno de los problemas que enfrentó la declaración de la libertad de industria y comercio para hacerse realidad fueron los gremios y corporaciones de tradición medieval que retenían el privilegio de producir y comerciar determinado tipo de bienes, así como la situación de personas y sociedades que retenían determinadas áreas de comercio interno o internacional por concesión de la monarquía, generalmente adquirida contra pago en efectivo¹⁹.

La primera Carta en proclamarla enfáticamente fue la de 1823 en el artículo 193 en su inciso 8 que declaró inviolables, bajo el capítulo referido a las garantías constitucionales, en el que se consignan los derechos sociales e individuales de los peruanos, la

¹⁷ KRESALJA 2004, p. 505.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ RUBIO CORREA 2003, p. 78

propiedad, la libertad de imprenta y la libertad de la agricultura, industria, comercio y minería. En la misma dirección, fue reconocida en las Cartas del siglo XIX²⁰.

Más allá de las diferencias de matices que contienen los textos del siglo XIX, en lo que se refiere a la libertad de industria y comercio se consigna su reconocimiento con limitaciones. Tal como apunta Kresalja, «sin duda hubiera sido importante detenerse en esos matices y apreciar si ellos tuvieron impacto en las normas jurídicas y en las decisiones de los tribunales, pero creemos que ello sería tarea inútil debido a la falta de estabilidad y durabilidad de los textos constitucionales. Pero sí cabe precisar que el reconocimiento de la libertad de industria y comercio en los textos constitucionales no tuvo un carácter absoluto»²¹.

En los años iniciales de la República, debe destacarse el pensamiento librecambista de Vidaurre, quien en el Congreso Constituyente de 1828 se opuso a la proteccionista Ley de Prohibiciones que impedía la importación de una amplia diversidad de artículos que se producían en el país: «la impugnó en nombre de los principios de la Economía Política, con citas de Say, Adam Smith y Dunoyer. Sostuvo que todos los hombres tienen por naturaleza el derecho de comprar de quien quiera y de vender del mismo modo; no se pueden crear gabelas para beneficiar a cierto número de miembros de la sociedad imponiendo nuevas obligaciones a los demás y el Gobierno no deben hacer que choquen la economía doméstica con la política»²².

1.4 El régimen hacendístico

En relación con la Hacienda Pública, todas las Cartas del siglo XIX incorporaron normas sobre la materia. El primer antecedente fue el artículo 60 de la Constitución de 1823 que precisó las atribuciones del Congreso: establecer los medios de pago de la deuda pública al paso que vaya liquidándose; arreglar anualmente la tarifa de los gastos públicos en vista de los datos que suministre el Poder Ejecutivo; abrir empréstitos en caso necesario dentro o fuera de la República, pudiendo empeñar el crédito nacional; examinar y aprobar la inversión de los caudales públicos; y determinar la moneda en todos sus aspectos.

²⁰ En la misma dirección, fue reconocida en las Cartas del siglo XIX: artículo 148 de 1826; artículo 166 de la Constitución de 1828; artículo 162 de la Constitución de 1834; artículo 169 de la Constitución de 1839; artículo 22 de la Constitución de 1856; artículo 23 de la Constitución de 1860, artículo 22 de la Constitución de 1867.

²¹ KRESALJA, op. cit., p. 509, cita a FRANCISCO GARCÍA CALDERÓN, en su célebre *Diccionario de la Legislación Peruana*, quien en la segunda parte del siglo desarrolla una defensa cerrada de los beneficios que había traído al Perú la libertad comercial, a pesar de que los dispositivos legales pertinentes (Reglamento de Comercio) habían estado poco tiempo en vigencia: «no podrá desconocerse, sin embargo, que desde la época de la dominación española en que el país era rico en metales, y pobre en lo demás en virtud de que no había comercio libre, hasta la época presente, hemos ganado inmensamente en industria, en civilización y en riqueza».

²² BASADRE, op. cit., Tomo 2, p. 478.

La Constitución de 1828 estableció en el artículo 48, entre las atribuciones del Congreso, la de fijar los gastos generales, establecer las contribuciones necesarias para cubrirlos, arreglar su recaudación, determinar su inversión, y tomar anualmente cuentas al Poder Ejecutivo; abrir empréstitos dentro y fuera de la República empeñando el crédito nacional y designar las garantías para cubrirlos; reconocer la deuda nacional, fijar los medios para consolidarla y amortizarla; así como determinar el tipo y denominación de la moneda.

La Carta Constitucional de 1834 previó al *Consejo de Estado* como órgano consultivo del Presidente de la República «en todos los negocios sobre los que le pida su dictamen» y de velar por la observancia de la Constitución. A su vez dispuso en su artículo 90 que el Ministro de Hacienda debía presentar a este órgano constitucional tres meses antes de abrirse la sesión anual del Congreso, la cuenta de la inversión de las sumas decretadas para los gastos del año anterior, y asimismo, el presupuesto general de todos los gastos y entradas del año siguiente. Esta disposición fue reiterada en el artículo 93 de la Constitución de 1839.

Es en el régimen de Ramón Castilla que el Congreso aprueba el primer presupuesto. Fue para el bienio 1848-1849. Como señala García Belaunde Saldías fue un esfuerzo notable para ordenar las finanzas públicas y cumplir el mandato constitucional²³.

La Constitución liberal de 1856 estableció con precisión el principio de legalidad presupuestaria en su artículo 9 que declaró: «La ley fija los ingresos y egresos de la nación, y cualquiera cantidad exigida y invertida contra su tenor expreso, será de la responsabilidad del que lo ordena, del que lo ejecuta, y del que lo recibe si no prueba su inculpabilidad».

Cabe destacar durante este periodo al artículo 9 de la Constitución liberal de 1867 que declaró que: «La Nación no es responsable de las obligaciones que contraigan o de los pactos que celebren los Gobiernos de hecho, aun cuando imperen en la Capital de la República, a no ser que esas obligaciones y esos pactos fuesen aprobados por un Congreso Nacional». Así, por primera vez la Norma Suprema proclamaba que la Nación no se responsabilizaba de las deudas asumidas por gobiernos usurpadores. Norma correcta por su espíritu republicano, pues solo se garantiza la deuda pública contraída por gobiernos legítimos, pero lírica porque en la práctica constitucional peruana una vez restablecido el régimen constitucional prevaleció la continuidad de los actos de los gobiernos de facto.

Un hito importante en este periodo es la promulgación de la primera Ley Orgánica de Presupuesto en septiembre de 1874 por el presidente civil Manuel Pardo²⁴.

Es igualmente relevante referirnos en esta etapa histórica a los presupuestos departamentales. Como señaló Planas, con este sistema las rentas se dividieron en generales

²³ GARCÍA BELAUNDE SALDÍAS 1998, p. 71.

²⁴ CASTILLO 1950, p. 22-25.

y departamentales y se otorgó facultades a los departamentos para recaudar los tributos que eran propios: el predial urbano, el predial rústico, patentes, entre otros. El diseño de los presupuestos departamentales se inició con Manuel Pardo, cuando fue Secretario de Hacienda del Presidente Mariano Ignacio Prado.

En 1872, Pardo, el primer civil que llega a la Presidencia de la República, se preocupó en consagrar una estructura descentralizada, basada en Concejos Departamentales que tendrían sus propios presupuestos. Este sistema se interrumpió en 1880 con la Guerra del Pacífico, pero se restableció plenamente con las Juntas Departamentales restituidas por la Ley de Descentralización Fiscal de 1886²⁵.

2. LA INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN LAS CARTAS DE 1920 Y 1933

2.1 Contexto de la Carta de 1920

La Constitución de 1920 marca una ruptura con el liberalismo clásico, de manera tal que se puede trazar una línea divisoria en el constitucionalismo económico peruano a partir de 1920. Existen dos grandes etapas en el constitucionalismo económico republicano. La primera es anterior a la Constitución de 1920 y la segunda se prolonga hasta el presente. La Carta de 1920 fue aprobada al inicio del régimen de Augusto B. Leguía, siendo la primera en incorporar principios y derechos del nuevo constitucionalismo social bajo la influencia de las Constituciones de México de 1917 y de Alemania de 1919. Se debe reconocer que con la Constitución de 1920 se da inicio al constitucionalismo social en el Perú, el cual da una mayor intervención al Estado en la economía y reconoce el derecho al trabajo. El régimen de Leguía desarrolló un proceso de modernización que se inició con una primera fase parlamentaria y constitucionalista en la que se aprueba la Carta de 1920²⁶. En su etapa autoritaria se absorbieron los presupuestos departamentales y se aprobó la centralista Ley Orgánica de Presupuesto de 1922.

El Título IV de la Constitución trata de las llamadas «Garantías Sociales». Javier Prado Ugarteche, Senador por Lima, quien presidió la Comisión de Constitución, sostuvo que esas garantías se inspiraban en dos principios, a saber: (i) el reconocimiento del derecho de propiedad, a la industria y al trabajo, no puede ser absoluto, sino que debe ser condicionado por la Constitución y las leyes; y, (ii) la necesaria intervención del Estado en la economía «principio renovador en una época en que nuestra mayoría de dirigentes actuaban aún dentro de los clásicos principios de la economía liberal»²⁷.

²⁵ PLANAS SILVA, op. cit., p. XXI.

²⁶ BASADRE, Tomo XI, op. cit., p. 2874.

²⁷ PAREJA PAZ SOLDÁN, 1987, p. 173.

Como señaló Olaechea, a los fines clásicos del Estado de defender la independencia contra toda agresión, la organización de las instituciones necesarias para la seguridad y el orden público, y la realización del derecho, se agregan otros destinados a los «servicios públicos relativos a la industria, la enseñanza, la asistencia, las comunicaciones, la agricultura»²⁸. Es por ello que el artículo 4 de la Constitución de 1920 declaró que el Estado tiene por fin «atender al progreso moral e intelectual, material y económico del país».

2.2 El derecho de propiedad

El contenido de este derecho tiene las siguientes características principales: a) el sometimiento de la propiedad, cualquiera que fuese el propietario, exclusivamente a las leyes de la República y la prohibición de que sean materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso es de todos, como los ríos y caminos públicos (artículo 38); b) la igualdad jurídica de los extranjeros, en cuanto a la propiedad, con los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas; y c) la prohibición a los extranjeros, en una extensión de cincuenta kilómetros distantes de las fronteras, para 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 (artículo 39).

En esa misma dirección, la reserva de ley, por razones de interés nacional, para 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 (artículo 40).

Se declara que los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y solo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley (artículo 41). Las limitaciones para la transferencia de los bienes de las comunidades indígenas, sustrayéndolas del mercado, tienen su origen histórico en esa disposición, con una finalidad de amparo a su propiedad secular, según lo sustentó Javier Prado²⁹.

²⁸ OLAECHEA 1987, p. 19.

²⁹ PAREJA PAZ SOLDÁN, *op. cit.*, p. 173. BULLARD 1990, p. 352, criticando esta disposición en el artículo 136 de la Constitución de 1979 sostuvo que: «Podemos apreciar que nuestro Derecho positivo actúa, en este caso de una manera completamente distinta a como los neoclásicos, y en general el modelo de Derecho Occidental Moderno sugieren. Ni facilita la entrada de ciertos recursos al mercado ni actúa como mercado simulado. Por el contrario, se sustrae del mercado, lo niega como posibilidad, y establece una forma de propiedad vinculada, imponiendo como carga a la propiedad comunal la imposibilidad de transferirla libremente. Solo permite la transferencia luego de haber sido aprobada por una ley, y que esta sea propuesta por una mayoría calificada de la comunidad. Cabe preguntarnos entonces qué se encuen-

Mientras que en el siglo XIX prevaleció una concepción universalista del derecho de propiedad, que promovió el desmembramiento de la propiedad comunal en beneficio de la aristocracia latifundista, en el siglo XX el constitucionalismo social restituyó el rol tradicional de la comunidad como unidad fundamental de la organización territorial y social de la realidad andina³⁰.

Por primera vez se dispone que: «La propiedad minera en toda su amplitud pertenece al Estado. Solo podrá concederse la posesión o el usufructo en la forma y bajo las condiciones que las leyes dispongan» (artículo 42).

2.3 La intervención económica del Estado

Como venimos anotando, las principales manifestaciones de intervención económica del Estado fueron: la previsión de que 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 (artículo 44)³¹. Se reconoció la libertad de industria y comercio sometida a los requisitos y a las garantías que para su ejercicio prescriban las leyes, las que podrán establecer o autorizar al gobierno para que fije las limitaciones y reservas en el ejercicio de las industrias, cuando así lo imponga la seguridad o necesidad pública (artículo 45)³². Por su parte, el artículo 50 declaró que: «Se prohíben los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. Las leyes fijarán las penas para los contraventores. Solo el Estado puede establecer por ley monopolios y estancos en exclusivo interés nacional»³³. Como podemos apreciar, no existe en el texto constitucional una prohibición absoluta contra todo tipo de monopolio, sino exclusivamente contra aquellos de carácter privado.

En materia del Derecho del Trabajo se declaró que el Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene (artículo 47, primer párrafo). Asimismo, se previó que la ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país (artículo 47, segundo párrafo). Se declaró que los conflictos entre el capital y el trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio (artículo 48).

tra tras todo este "extraño" sistema y cómo es que resultan negadas las premisas básicas del modelo que venimos estudiando».

³⁰ MIGUEZ, op. cit., p. 932.

³¹ Fue la primera Constitución peruana que previó la nacionalización de empresas, en la línea de la Constitución socialdemócrata de Weimar, Constitución alemana de 1919, de marcado signo transformador en el ordenamiento económico y social.

³² KRESALJA, op. cit., p. 509.

³³ GAGLIUFFI PIERCECHI 2006, pie de página, p.139, señala que el Estado contaba con el estanco o monopolio de productos que consideraba estratégicos como los explosivos, el petróleo y sus derivados, la coca, así como el estanco de los naipes, el tabaco y los fósforos.

Se dispuso que la ley determinará el interés máximo por los préstamos de dinero y la nulidad de todo pacto en contrario y serán penados los que contravengan este precepto (artículo 52). Previó que 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 (artículo 57).

En suma, no cabe duda de que con la Carta de 1920 el contenido y límites de los derechos de propiedad y de libertad de industria y comercio adquieren connotaciones novedosas a nivel constitucional que cuestionan los principios más ortodoxos del liberalismo económico. Aun cuando los contenidos socioeconómicos se encuentran dispersos en la parte orgánica y dogmática de la Constitución como en los textos fundamentales precedentes, se comienza a perfilar a nivel de declaraciones programáticas las características de un futuro Estado Social³⁴.

Sin embargo, así como sucedió con el proceso del siglo XIX, el constitucionalismo social de la Carta de 1920 tampoco modificó fundamentalmente las realidades de la vida peruana³⁵. Más allá de la voluntad de sus autores se mantuvo el divorcio ley-realidad. Caída la dictadura modernizadora de Leguía se inicia un nuevo proceso constituyente que culmina con la Constitución de 1933.

2.4 El sistema económico en la Carta de 1933

A la caída de Leguía, la Junta Nacional de Gobierno que presidió David Samanez Ocampo designó el 7 de agosto de 1931 una Comisión a la que se le encomendó elaborar un Anteproyecto de Constitución. La Comisión fue presidida por Manuel Vicente Villarán e integrada por Toribio Alayza Paz Soldán, Diómedes Arias Schreiber, Víctor Andrés Belaunde, Carlos García Gastañeta, José León Barandiarán, Ricardo Palma, Emilio Romero, César Antonio Ugarte y Luis E. Valcárcel. Basadre ha resaltado el carácter progresista del Anteproyecto de la Comisión Villarán, el que, por ejemplo, en su relevante exposición de motivos, formula el concepto de la reforma agraria para resolver el denominado problema del indio³⁶. El Anteproyecto de la Comisión Villarán fue muy superior al texto de la Constitución peruana de 1933. Como señaló Valentín Paniagua: «El anteproyecto de la comisión Villarán fue un esfuerzo valioso que el Perú —país de oportunidades desperdiciadas— desaprovechó en 1933, aunque no del todo»³⁷.

El Anteproyecto de la Comisión Villarán, resume Paniagua, sostenía en el capítulo dedicado a la «vida económica» que:

³⁴ KRESALJA, op. cit., p. 509.

³⁵ BASADRE, op. cit., p. 2877.

³⁶ BASADRE, op. cit., Tomo 13, p. 3259.

³⁷ PANIAGUA 2004, p. 451.

[...] afirma, además, que la civilización industrial, las nuevas formas de capital y del trabajo: «... han puesto en evidencia la necesidad de ampliar las funciones del Estado con el objeto de realizar aspiraciones de mayor justicia y mayor libertad para todos en el orden económico». Tal realidad, que se expresa en nuevas responsabilidades estatales frente al trabajador o a la sociedad, aparece, a juicio de la Comisión, sintetizada en al fórmula general que establece que los principios que deben inspirar la vida económica (justicia y condiciones de existencia dignas del hombre), en los preceptos que comprometen al Estado en la protección de los derechos de los trabajadores, en la seguridad social, en la protección del derecho de libre asociación de los trabajadores, empresarios, individuos de raza indígena, etc.³⁸

Así, deben destacarse en la Constitución de 1933 las normas de constitucionalismo económico y social contenidas en el capítulo I («Garantías nacionales y sociales») del Título II («Garantías Constitucionales»).

La Carta de 1933 introdujo innovaciones en materia del sistema monetario: la previsión de que la ley determina el sistema monetario de la República y que la emisión de billetes es privilegio del Estado que lo ejerce mediante una institución bancaria central nacional encargada de la regulación de la moneda (artículo 12)³⁹; el mandato al Estado de mantener por los medios que estén a su alcance la estabilidad de la moneda y la libre conversión del billete bancario y que solo excepcionalmente, a pedido del Poder Ejecutivo, con 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 inconvertibilidad del billete bancario (artículo 14).

Asimismo, la Carta de 1933, en materia del *derecho de propiedad*, declaró que la propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística y que a nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada⁴⁰ (artículo 29). Declaró que la propiedad, cualquiera que

³⁸ *Ibidem*, p. 450.

³⁹ Esta innovación de la Constitución de 1933 fue resultado de la creación del Banco Central de Reserva en 1931 por el decreto ley N° 7137 de la Junta Nacional de Gobierno, constituida a la caída de Leguía, de acuerdo al proyecto propuesto por la misión presidida por el profesor Edwin W. Kemmerer para cooperar en la reforma monetaria y bancaria del Perú. Como señala BASADRE, op. cit., T. 12, p. 3155. «La función principal del Banco Central debía ser la de mantener estable el valor de la moneda y proporcionar al país; en determinadas circunstancias, un aumento de crédito líquido, para dar a la circulación monetaria la necesaria flexibilidad en armonía con la demanda variable del comercio. Al recibir el Banco la facultad de emitir billetes convertibles, se retornó en el Perú (como ha escrito Carlos Camprubí Alcázar), después de casi setenta años, a la convertibilidad que hubo en este país aunque otrora dentro de sistema diferente por la pluralidad de bancos privados de emisión y descuento».

⁴⁰ La Ley N° 15242 de reforma constitucional de 1964, dictada para viabilizar el proceso de reforma agraria que se inició durante el primer régimen de Fernando Belaunde Terry (1963-1968), modificó el artículo 29 incorporando al interés social como causal de expropiación con el siguiente texto:

‘La propiedad es inviolable. A nadie se puede privar de la suya sino en virtud de mandato judicial o por causa de utilidad pública o de interés social, probada legalmente y previa indemnización justipreciada.

sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y que se haya sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan (artículo 31). Previó la igualdad jurídica de los extranjeros y peruanos, en cuanto a la propiedad, en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas (artículo 32). Declaró que no son objeto de propiedad privada las cosas públicas, cuyo uso es de todos, como los ríos, lagos y caminos públicos (artículo 33). Estableció que la propiedad debe usarse en armonía con el *interés social*⁴¹ y que la ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad (artículo 34); declaró que la ley puede, por razones de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, sea por su naturaleza, o por su condición, o por situación en el territorio (artículo 35).

En esa misma línea, la Carta de 1933 estableció que las minas, tierras, bosques, aguas y, en general todas las fuentes naturales de riqueza, pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. Asimismo, se remite a la ley fijar las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares (artículo 37).

Se incluyó la previsión de medidas facultativas para que el Estado pueda, mediante ley, tomar a su cargo o *nacionalizar servicios públicos* como transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustres, aéreos u otros servicios públicos de propiedad privada (artículo 38). Previó que cuando lo exija la seguridad o la necesidad pública, podrá la ley establecer limitaciones o reservas en el ejercicio de la libertad de comercio e industria, o autorizar al Poder Ejecutivo para que las establezca, sin que en ningún caso tales restricciones tengan carácter personal ni de confiscación (artículo 40). Cabe destacar la declaración de que el Estado percibirá parte de las utilidades de las empresas mineras, en el monto y la proporción que determinará necesariamente la ley (artículo 41).

Bajo el influjo programático del *constitucionalismo social* se declaró que 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 subdividir las o para enajenarlas en las condiciones

Cuando se trate de expropiación con fines de Reforma Agraria, irrigación, colonización o ensanche y acondicionamiento de poblaciones, o de expropiación de fuentes de energía o por cusa de guerra o calamidad pública, la ley podrá establecer que el pago de la indemnización, se realice a plazos o en armadas o se cancele mediante bonos de aceptación obligatoria. La ley señalará los plazos de pago, el tipo de interés, el monto de la emisión y las demás condiciones a que haya lugar; y determinará la suma hasta la cual el pago de la indemnización será hecha necesariamente en dinero y previamente».

⁴¹ Cabe subrayar que es el primer texto constitucional que incorpora el concepto de función social de la propiedad de origen weimariano, que legitima el derecho de propiedad fijándole límites por causas de interés general.

que fije la ley (artículo 47)⁴². Se previó que en circunstancias extraordinarias de necesidad social, se pueden dictar leyes, o autorizar al Poder Ejecutivo para que adopte medidas tendientes a abaratar las subsistencias (artículo 49)⁴³.

Debe destacarse la creación del *Consejo de Economía Nacional*, previsto en el artículo 182, formado por representantes de la población consumidora, el capital, el trabajo y las profesiones liberales. Fue propuesto en el Congreso Constituyente por Víctor Andrés Belaunde, independiente, pero pone de relieve la influencia de la propuesta del Partido Aprista sobre lo que denominó Congreso Económico Nacional⁴⁴. Basadre calificó a ese artículo como «fantasma» porque nunca se dictó su ley de organización y funciones⁴⁵.

La sola mención de estas disposiciones constitucionales nos hace ver que nos encontramos frente a un Estado con nuevas facultades de intervención en la vida económica y social, y que el énfasis ya no se encuentra tanto en el reconocimiento de la inviolabilidad del derecho de propiedad, sino en sus limitaciones. En este sentido, Kresalja ha señalado que:

⁴² En 1963 se inició uno de los grandes debates constitucionales del siglo XX por la reforma agraria impulsada por el gobierno de Acción Popular y la Democracia Cristiana, con la resistencia de los grupos de poder calificados como «oligárquicos». La Ley N° 15242, de reforma constitucional del año 1964, modificó el artículo con el siguiente texto: «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».

⁴³ GAGLIUFFI PIERCECHI (op. cit., pp. 140-141) indica que durante la vigencia de la Constitución peruana de 1933 se dictaron las siguientes normas sobre la libre competencia: (i) la Ley N° 8951, de 3 de septiembre de 1939, que estableció un sistema de control de precios de los productos de primera necesidad y las subsistencias en general y prohibió prácticas restrictivas de la competencia como trusts, carteles, consorcios, convenios, alianzas y pactos, que impliquen el aumento de precios; (ii) La Ley N° 9047, de 13 de enero de 1940, por la que el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo para adoptar las medidas necesarias con el fin de conseguir la reducción de los precios de los productos, ya sea mediante la modificación de tarifas arancelarias u operaciones de crédito bancario, cuando lo exigieran circunstancias extraordinarias de necesidad social; (iii) La Ley N° 10551, de 14 de abril de 1946, recogió la mayoría de los actos prohibidos en la Ley N° 8951 y los tipificó como delitos, pero no el supuesto de concertación de trusts y carteles; y (iv) el Decreto Ley N° 10906, de 3 de diciembre de 1948, que entre otras disposiciones, tipificó como delito todo «acto, convenio o pacto que tienda a elevar el precio de las subsistencias y los alquileres de las casas o departamentos que sirven de habitación».

⁴⁴ PAREJA PAZ SOLDÁN, op. cit., p. 207.

⁴⁵ BASADRE, op. cit., Tomo 13, p. 3277. Cabe señalar que es una norma influida por el planteamiento aprista del Congreso Económico Nacional. Como señaló GARCÍA BELAUNDE, 1981, pp. 143-144, que: «la primera vez que aparece la noción de Congreso Económico Nacional en nuestra literatura política, es en el diario *La Noche*, de 30 de abril de 1930, en el cual se transcriben las declaraciones que desde Europa formulaba el gran líder del APRA, y que se reafirmaría en otro reportaje publicado en *La Prensa* de 18 de abril de 1931. Pero donde aparece con mayor nitidez, es en ese discurso magistral conocido como discurso-programa que Haya de la Torre pronuncia en la plaza de Acho el 25 de agosto de 1931».

[...] el Estado, al amparo de la Carta de 1933, iniciara un recorrido que lo convertirá en la década de 1970 en el titular de las actividades más importantes en el campo de la producción y la economía, con resultados muy dañinos para el bienestar general. Sin embargo, a pesar de su amplitud, esta carta no bastará para llevar adelante la que ha sido la más grande transformación económica en el Perú del Siglo XX: la encabezada —con resultados que hasta ahora motivan enconados debates— por el denominado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980)⁴⁶.

3. EL RÉGIMEN ECONÓMICO EN LA CARTA DE 1979

3.1 Contexto histórico y debate constitucional sobre el principio de economía social de mercado

Como hemos dicho, los más importantes cambios en las relaciones económicas se producen recién en la década de 1970, periodo en que el Estado se transforma en el titular de las actividades más importantes en el campo de la producción y la economía, por obra de las Fuerzas Armadas que, encabezadas por el General Juan Velasco Alvarado, dan un golpe de estado al primer gobierno constitucional de Fernando Belaunde Terry. Las Fuerzas Armadas aprobaron lo que se denominó el «Estatuto del Gobierno Revolucionario», que si bien no era una norma de carácter constitucional fue ampliamente utilizada e invocada como justificativo para adoptar un conjunto de medidas en el ámbito económico como no había ocurrido antes en toda la etapa republicana. Tenía prelación sobre la Constitución de 1933 y facultaba al Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada a dictar decretos leyes sin limitación alguna. Se afectó las estructuras de propiedad de los grupos de poder tradicional con una radical reforma agraria antilatifundista, que había sido preconizada por los partidos políticos reformistas, pero nunca cumplida. Se amplió en forma hasta entonces desconocida el rol y la presencia del Estado en la economía, lo que llevó a la nacionalización de empresas y a reservar muy importantes áreas de la producción y del ámbito de los servicios, con resultados que a la postre resultaron negativos, si bien el balance definitivo del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada esta aún por hacer.

El Gobierno de las Fuerzas Armadas quiso transformar la estructura del Estado imprimiendo a sus actos un sentido nacionalista y populista, especialmente durante lo que se denominó su «primera fase», comandada por Velasco hasta 1975. En julio de 1974 llegó incluso a confiscar los principales medios de comunicación social bajo el pretexto de transferirlos a sectores sociales organizados. Durante ese periodo se instauraron muchos monopolios legales y tuvieron nacimiento numerosas empresas estatales en los ámbitos de la pesca, minería y petróleo, banca y seguros, cemento, entre otros, cuyos resultados fueron en general negativos y fuente de múltiples corruptelas. Además, dentro de una

⁴⁶ KRESALJA, op. cit., p. 510.

concepción de «democracia económica» en algunos sectores estableció un obligatorio sistema de cogestión empresarial a través de las llamadas «comunidades industriales, pesqueras, mineras», etc., en diversos ámbitos productivos, que en la práctica no cumplieron su función de promover la cooperación en las relaciones laborales, actuando más bien como un segundo sindicato y desalentando fuertemente la inversión privada. Se creó una modalidad de empresas autogestionarias denominadas «empresas de propiedad social» inspiradas en el modelo del socialismo yugoslavo que constituyeron una ilusión para los trabajadores, pero sin arraigo en la realidad. En 1980, al término de la «segunda fase» del gobierno militar comandada por el general Francisco Morales Bermudez, que significó un desaceleramiento del ímpetu revolucionario, existían más de 150 empresas públicas que tenían una influencia muy importante en la generación del producto bruto interno y en la vida política, económica y social del país.

Más allá del balance definitivo que está aún por hacerse, no se puede dejar de decir que el gobierno militar fue un régimen autoritario que no permitió la práctica sin restricciones de las libertades de información y opinión, que fue carente de organización popular, y que no sentó las bases para sacar al país de la pobreza ni transformar profundamente el mapa social de la Nación. En el ámbito económico, sus efectos fueron más bien negativos. Sin embargo, derrumbó la estructura del poder económico tradicional y permitió encauzar el *desborde popular*⁴⁷, al desembalsar un conjunto de presiones sociales impulsadas por nuevos actores que habrían de obtener espacios políticos y económicos en las décadas posteriores.

Tal vez la lección más importante aprendida del experimento peruano sea que no es suficiente que un gobierno tenga buenas intenciones (si es que esta puede ser una característica del gobierno de Velasco con respecto al desarrollo autónomo). Los modelos de realidad social que pecan de sencillez corren el riesgo de no conseguir más que un cambio en el foco del conflicto social, sin tocar las debilidades económicas esenciales. Esto se aplica esencialmente a una economía ligada a un sistema internacional tan estrechamente como la del Perú. Para una tal economía, rara vez aparecen ocasiones de liberarse de las presiones del sistema, y, cuando parecen, no duran mucho. Los años comprendidos entre 1968 y 1972 fue uno de esos momentos, pero no puede decirse que las innovaciones políticas de esos años fueron suficientes como para crear un proceso auto-sostenido de desarrollo autónomo. Quizá transcurra bastante tiempo antes de que vuelva a repetirse esta oportunidad.

Perú: 1890-1977. Crecimiento y políticas en una economía abierta
Rosemary Thorp y Geoffrey Bertram

⁴⁷ Cfr. MATOS MAR 1984.