

§ 5

NORMAS ECONOMICO-FINANCIERAS EN LA NUEVA CONSTITUCION (*)

Después de haber escuchado la amplia como meditada exposición del doctor Luis Rodríguez Vildósola, sólo quisiera agregar dos aspectos generales que creo son de importancia para el actual debate constitucional, dejando los detalles para las exposiciones que vendrán después y que están a cargo de mis distinguidos colegas y amigos aquí presentes.

Me parece que lo que es importante en estos momentos es destacar dos deficiencias que advertimos no solamente en la ponencia del Régimen Económico-Financiero, sino también en casi todas las ponencias publicadas por la prensa. La primera es lo que en términos generales podemos calificar como “desconocimiento de lo que es una Constitución”; la segunda está vinculada a lo que podemos denominar “la falta de renovación de los conceptos”. Conviene precisar que estas dos características, como todas las que siempre se intentan en estos contextos, son generales, es decir, engloban situaciones en forma integral, y en consecuencia tienen excepciones que no hacen más que confirmar la tesis. Tampoco se pretende ni mucho menos desmerecer algunos aportes interesantes ni tampoco subestimar diversos trabajos y esfuerzos realizados individualmente o por grupos aislados. Por eso es que decimos que nuestra caracterización es general, esto es, trata de fijar una tónica que creemos es la constante en el trabajo actual de la Asamblea. Antes que nada, enfoquemos lo que hemos denominado “desconocimiento de lo que es una Constitución”. Al decir esto, no queremos decir que los expertos en materia de Derecho Público o en Derecho Constitucional deben ser los únicos que deben redactar una Constitución ni mucho menos; pienso incluso que los constitucionalistas no deben ser constituyentes: los expertos tienen otro

(*) Intervención en una Mesa Redonda, publicada en la Revista del Instituto Peruano de Derecho y Técnica bancaria, Vol III, No. 3, julio de 1979, y con anterioridad a la aprobación final de la Constitución.

papel, cual es asesorar. Los que deben hacer la Constitución son los elegidos por el pueblo, o sea, los políticos, independientemente de cual sea su especialidad en el nivel académico o profesional. Pero lo que es grave es que la Constituyente no cuente con asesores en esta materia (aunque estoy enterado que sí ha solicitado el concurso de otros técnicos) y que así mismo, las Facultades de Derecho del país no hayan sido consultadas. Aparte de este aspecto de asesoría, que estimamos indispensable, existe otro, cual es el nivel de información que debe tener todo representante ante la Asamblea. En otras partes del mundo, el político es una persona con una información general sobre el estado de cosas, no sólo de lo que sucede en su país, sino de lo que sucede en el extranjero. En Inglaterra, por ejemplo, se estudia para ser político con tanta seriedad como se estudia para ser abogado o para ser ingeniero; se conceptúa que el político debe tener una información general y un mínimo de lo que denominan PPE: Philosophy, Politics, Economics. Aquí, por el contrario, este nivel de información (y formación) no existe. La mayoría de los representantes no se han tomado la molestia de indagar en qué consiste esta disciplina constitucional, tan trjinada, y sobre la cual existen infinidad de manuales en castellano. No hay en consecuencia dificultades para llegar a una información adecuada; simplemente se la ignora; incluso se desconocen opiniones que han sido remitidas al nivel de las Comisiones Especiales. El desconocimiento entonces en esta materia es serio, pues precisamente dichas personas son las que van a hacer la Carta Fundamental. Por lo mismo que existe este desconocimiento, que es producto de falta de información, se advierte que este vacío es llenado por las presiones políticas existentes. Existe a no dudar un ambiente electoral propicio para insertar en el nuevo texto todo lo que interesa a las partes; se vive bajo el espíritu de la curul, es decir, del escaño parlamentario que muchos piensan que la suerte les deparará.

De esta forma, la ignorancia en materia constitucional es subsanada por la abundancia de experiencia política y presión electoral; en suma, se está trabajando para las elecciones, no para el país. Por eso es que creemos que es importante en este foro, que con tanto acierto ha convocado el Instituto Peruano de Derecho Bancario, hacer una breve sinopsis de lo que significa en realidad una

Constitución. Y para ello nada mejor que una sucinta ojeada retrospectiva, a fines del siglo XVIII.

Como sabemos, la primera Constitución del mundo es la de los Estados Unidos, aprobada en 1787, y que por razones que no es del caso explicar aquí, está vigente hasta el momento, con algunas cuantas enmiendas (exactamente 26, la última de las cuales concedió el voto a los mayores de 18 años en 1971). Pues bien, en esta Constitución se expresa cabalmente lo que se entiende por un texto fundamental, pues ahí se refleja cuál es el sentido pristino de lo que significa la Carta Fundamental de un país. La Constitución de los Estados Unidos, tiene exactamente siete (7) artículos; aunque no lo parezca son sólo siete; cierto es que muchos de ellos con varios párrafos, a los cuales hay que agregar las ya mencionadas enmiendas (que no son modificaciones, como en nuestra tradición, sino agregados al final del texto). Pues bien, esta Constitución se centra en dos aspectos: por un lado una descripción de los poderes (o funciones) del Estado, fijando sus atributos, competentes y prerrogativas, de manera tal que exista un verdadero ejercicio del poder y medios de control entre ellos; por otro lado, los derechos y facultades de los ciudadanos, esto es, los llamados derechos civiles, o como más comúnmente se les denomina ahora, derechos humanos, en fórmula poco feliz que ha tenido una aceptación universal. ¿Por qué esto es así? Porque la Constitución es un instrumento que es muy especial, pues por un lado es un texto jurídico, y por otro es un texto político. En sentido estricto, el texto constitucional es un instrumento jurídico, pero se vuelve político porque lo que pretende regular precisamente es la realidad política en la cual vive el Estado moderno. Y la política es fundamentalmente lucha y ejercicio del poder. La realidad fundamental que existe en la realidad política, es el poder y la lucha que libran los hombres para alcanzarlo. Así, el mundo político es el mundo del poder, y el poder al ser ejercido, tiene que ser ejercido necesariamente por una élite, tema que por lo demás varía según la intención o la ideología de cada cual (élite para Pareto, Mosca, Michels, Burnham, pluralidad de grupos dirigentes que cooperan o compiten entre sí, para Aron, Riesman, Dahl, o clase dominante, según Lenin, Poulantzas, Miliband).

Al ser ejercido el poder por una élite, ésta se convierte en el

grupo gobernante, frente al resto de la población que constituye el grupo gobernado. Por un lado tenemos entonces los detentadores del poder, por otro, los destinatarios del poder, según acertada formulación de Löewenstein. Sobre esta realidad política, maciza, que existe en todas partes del mundo y que es una constante en la evolución política de los pueblos, se constituye un ordenamiento jurídico que pretende poner orden a ese estado de cosas. Así, los gobernantes se ven constreñidos por los mecanismos de los llamados poderes del Estado, y los ciudadanos a su vez tienen asidero a sus pretensiones y en sus limitaciones, en los llamados derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos o derechos humanos (todo esto parcialmente insertado en la Constitución de 1933, en los apartados indebidamente denominados como garantías individuales y sociales). De esta forma, la Constitución no viene a ser ni más ni menos que la juridización de los fenómenos políticos. Por eso quien habla de Constitución no sólo habla de derecho sino también de política. Y ello explica precisamente los vaivenes del primero en función de la segunda; ya que en la vida en sociedad la política tiende a tener una primacía sobre lo jurídico, por motivos que no expondremos ahora. Esto significa que la Constitución tiene un claro matiz político, en el sentido de judicar las relaciones de poder existentes en la sociedad. Este es su objetivo, bastante modesto por lo demás, pero tampoco requiere más aspectos, que están fuera del marco constitucional clásico. Ahora bien, este marco clásico que arranca del siglo XVIII se observa en todo el siglo XIX, siglo apacible por excelencia, aun cuando como se ha reconocido, tiene en gémenes lo que vendrá después. Pero este siglo XIX de vigencia de un constitucionalismo liberal, destaca por la importancia que atribuye al hombre político. Pero tras la Primera Guerra Mundial (1914-1918) y con el fin de lo que ha sido llamado como la *belle époque*; surgen nuevas realidades económicas, sociales y políticas, que no sólo originan movimientos sociales de gran trascendencia (como son la revolución mexicana y la revolución rusa) sino que ello repercute a nivel normativo, dando origen a lo que se ha denominado "constitucionalismo social", caracterizado sobre todo por la Constitución de Querétaro de 1917, la de la RRSFS de 1918 y la de Weimar de 1919. Estos textos fundamentales acogen una serie de aspectos económico-sociales que antes estaban ignorados por el constitucionalismo y esta

onda que recorre el mundo llega también por cierto al Perú, en donde las principales inquietudes de la época se recogen, por así decirlo, en la Constitución de 1920, que con tantas esperanzas promulgó Leguía. Si bien esta Constitución no tuvo prácticamente vigencia y no fue observada ni siquiera por quienes la dieron, lo cierto es que a nivel normativo recogió ciertas inquietudes que antes no existían, y que luego serían reiteradas en la Carta de 1933. Fijémonos únicamente en un hecho fundamental, cual es haber incorporado en su seno a las Comunidades Indígenas cuya protección inició, a tal punto, que incluso la Ley de Reforma Agraria promulgada por el Gobierno de Velasco en 1969, tuvo necesidad de hacer mención a esta Constitución de 1920, como uno de sus marcos de referencia para la protección de las tierras de las Comunidades Indígenas, ahora llamadas con más propiedad como Comunidades Campesinas. La ampliación del marco tradicional del constitucionalismo clásico que en esta época entra en revisión y crisis, puede apreciarse por ejemplo en la Constitución de 1933, en donde observamos diversas prescripciones normativas sobre la temática económico-financiera, que el doctor Jorge Contreras acaba de señalar muy acertadamente. Sólo como una mera referencia, recordemos que estos son los siguientes:

- a) Deuda pública (artículos 11, 15 y 123, inciso 8)
- b) Sistema monetario e instituto emisor (artículos 12, 14 y 123, inciso 10)
- c) Control de la banca (artículo 13)
- d) Sometimiento a las leyes y jueces del país (artículos 17, 25, 132 y 154, inciso 8)
- e) Tasas de interés (artículo 28)
- f) Normas presupuestarias (artículos 9 y 10)
- g) Administración de la hacienda pública (artículos 8, 123 inciso 5 y 154 inciso 9)
- h) Consejo de Economía Nacional (artículo 182).

Ahora bien, si es cierto como ya hemos señalado, que vivimos en una época de “constitucionalismo social” (no socialista) es claro que los textos constitucionales han recogido esta problemática, que ha contribuido por así decirlo, a enriquecer la temática constitucional y hacer más amplia la tutela y la acción del Estado. Pero esto no nos debe hacer olvidar que la Constitución es funda-

mentalmente un texto con una clara intención política, y sólo accesoriamente un texto con una finalidad socio-económica, por más importante y fundante que ésta sea. Y aquí viene precisamente nuestra primera crítica a las labores de las Comisiones Especiales de la Asamblea Constituyente, y de manera especial a la que ha preparado la Ponencia sobre Régimen Económico y Financiero, en el sentido que las ponencias presentadas, y la que comentamos en particular, demuestra a las claras que se desconoce qué es y para qué sirve una Constitución. Así vemos los siguientes aspectos de los que discreparamos:

- a) un exceso reglamentista, en el cual se desciende a un detalle que muchas veces no corresponde siquiera a las leyes sino a los decretos supremos o normas similares.
- b) un afán de incluir todo lo existente en la legislación vigente, a fin de que nada se les escape. Así hemos visto incluidas en forma extensa la Superintendencia de Banca y Seguros, el Banco Central de Reserva, el Instituto Nacional de Planificación y la Controlaría General de la República, en forma tal que se han vuelto en la ponencia prácticamente los principios generales de las respectivas leyes sectoriales, a las que curiosamente se les da nivel constitucional.
- c) crea un super poder con la configuración dada al Banco Central de Reserva, al cual se le da un *status* con una autonomía que no gozan otros entes públicos, y sin posibilidad de ser controlado por el Ministerio de Economía y Finanzas, de tal suerte que administra sin control y ejecuta sin responsabilidad. En la ponencia incluso se detallan cuántos miembros tiene su Directorio y quién los nombra, lo que sin lugar a dudas es un exceso.
- d) cultivando un excesivo pluralismo, cae en un eclecticismo que hay que remediar (pues ni siquiera precisa bien los diversos sectores productivos).
- e) en términos generales es una ponencia sin imaginación; pues sólo recoge en detalle el actual estado de cosas, momificando una realidad, que el día de mañana puede modificarse. En vez del detalle que se ha adoptado, hubiera sido preferible fijar principios generales para que puedan sobrevivir en el futuro; ha faltado aquí un sentido de proyección para lo que puede venir después.

Existe aparte de la Ponencia en mayoría, que aquí comenta-

mos, otras en minoría que contienen aspectos interesantes, pero que por el poco peso político que tienen, no trataremos en esta oportunidad (no obstante advertir que la ponencia presentada por el Partido Comunista es más precisa en muchos aspectos).

Lo anterior es lo que en términos generales es nuestra primera crítica a la Ponencia en mayoría, texto que sin lugar a dudas sufrirá diversos ajustes.

Un segundo aspecto que quiséramos tratar esta noche, está referido a lo que podríamos denominar como "el nuevo ambiente intelectual". Si bien es cierto que el siglo XX arranca en rigor en 1918, con el derrumbamiento de un mundo hoy totalmente esfumado, las transformaciones que ahí empiezan alcanzan una nueva etapa tras la Segunda Guerra Mundial (1939-1945); comúnmente llamada como segunda postguerra. En este periodo asistimos a un reordenamiento de Europa, al nacimiento y fortalecimiento de nuevos Estados en Europa Oriental, Asia y sobre todo África (que coincide con la erosión de lo que se ha llamado el Tercer Mundo); la aparición de nuevas Constituciones que reflejan el nuevo estado de cosas (de las que son sobresaliente muestra la Constitución italiana de 1947, la Ley Fundamental de Alemania de 1949 y la Constitución francesa de 1958); el nuevo papel que asume el Estado superando el abstencionismo del Estado liberal, que hace decir al gran Keynes que la época del *laissez faire* ha pasado; la planificación democrática, entre otros aspectos, que sin lugar a dudas repercuten en el Estado y en el ordenamiento jurídico. Este nuevo ambiente intelectual al que nos hemos referido, trae aparejado el surgimiento de nuevas ideas y nuevos conceptos muchos de las cuales encuentran acogida en los textos constitucionales. Pues bien, esto que es evidente para los estudiosos, parece no haber sido comprendido en la Ponencia que estamos analizando (y esto por cierto está enlazado con lo que hemos dicho anteriormente). Esto se comprueba cuando advertimos que existen artículos constitucionales que se repiten hoy en 1978, en su mismo tenor tal como fueron concebidos en 1931; es decir, daría la impresión que en ciertos aspectos nos detuvimos en 1931, y que la Ponencia no parece darse cuenta que desde entonces a la actualidad han sucedido muchas cosas.

Así en el artículo 25 de la Ponencia en mayoría, hemos visto repetido **ad peddem literae**, el artículo 17 de la actual Constitución de 1933, que es como se sabe el sometimiento a las leyes peruanas en todos los casos que el Estado contrate con extranjeros. Este artículo 17 (C. de 1933) es lo que se conoce como Cláusula Calvo, que tiene un origen que parece haber sido desapercibido. Un jurista peruano, (hoy Vocal de la Corte Suprema de la República) el doctor Roberto Mac Lean Ugarteche, ha escrito lo siguiente:

“El jurista argentino César Calvo propuso, para remediar esta situación, que toda sociedad ejerciendo el comercio en un país o gozando de una concesión otorgada por el Gobierno, se sometería a la jurisdicción de los tribunales de ese país, a sus leyes en todo cuanto se refiere a la concesión y al ejercicio del comercio, y a su renuncia a toda reclamación diplomática . . . finalmente la Cláusula Calvo fue incorporada en el artículo 17 de la Constitución peruana de 1933 . . .” (**Las personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado**, Lima 1963, pp. 114, 116).

A fin de precisar aún más el alcance de esta cláusula, formulada por Calvo quien fuera Ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina, veamos tal como aparece en su primer enunciado al tratar dicho jurista sobre la “Regla general sobre la protección debida por los gobiernos a los residentes extranjeros”. Dice así: “Con esta cuestión, se relaciona el gravísimo asunto de las constantes reclamaciones de las grandes potencias europeas cerca de los gobiernos de los Estados Americanos. Todas se han fundado en ofensas personales, reales unas veces, otras abultadas por sus agentes, pintadas siempre por ellos con vivos colores. Y la regla que en más de un caso han tratado de imponer las primeras a los segundos, es que los extranjeros merecen más consideración y mayores respetos y privilegios que los mismos naturales del país que residen. Este principio, cuya aplicación es notoriamente injusta y atentatoria a la ley de la igualdad de los Estados, y cuyas consecuencias son esencialmente perturbadoras, no constituye regla de derecho aplicable en las relaciones internacionales de los de Europa, y siempre que se ha exigido por alguno, la contestación del otro ha sido absolutamente negativa. Y debía ser así, porque de lo contrario los pueblos relativamente débiles estarían a merced de los poderosos, y los ciudadanos de un país tendrían menos derechos y garantías que los residentes extranjeros . . . (**Derecho Internacional teórico y práctico**

co de Europa y América, D'Amyot y Durand et Pedone-Lauriel editeurs, París 1868, tomo I, pp. 392-393).

Sin lugar a dudas que el sentido y alcance de la cláusula Calvo es eminentemente territorialista, es decir, para las personas (naturales o jurídicas) que actuaban en el territorio nacional. Esto se confirma si analizamos el Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931 (sesiones de 15 y 16 de setiembre de 1932, Vol. 7, pp. 3599 y ss).

Ahí leemos que el artículo 17, tuvo su origen en el artículo 14 del proyecto, que a la letra dice:

Artículo 14: Todas las compañías que se formen o que trabajen en el país, están sujetas sin restricciones a las leyes de la república.

Corno se puede ver, es una fórmula eminentemente territorial, es decir, para las empresas que se formen o trabajen en el territorio nacional, nada dice de las no domiciliadas, de las que no trabajan en el territorio. Pues bien, al momento de los debates, no sólo quedó en claro esta idea, sino que se hizo una adición más; el ponente fue el doctor Luciano Castillo; quien se expresó así:

"... cuando se presenta un conflicto de cualquier naturaleza, lejos de que las autoridades respectivas sean las autoridades nacionales, las autoridades correspondientes son el Ministro alemán, el Ministro francés, etc. Yo como abogado he defendido en diversas oportunidades los intereses de los trabajadores, y los sigo defendiendo, y me he dado cuenta que en realidad no he tenido que luchar con el abogado peruano defensor de las empresas extranjeras, sino con el diplomático extranjero, que defiende los intereses de las empresas extranjeras. Por eso, señor Presidente, es una necesidad que se constata en nuestro ambiente latino-americano... que el capitalista que viene al Perú o que viene a los países latino-americanos, conozca sus leyes y que se someta íntegramente a su legalidad, a fin de que no tenga por qué acudir a su representante diplomático o a su gobierno, para la defensa de sus intereses...".

Y más adelante, precisando la adición que enviaba a la Mesa, decía el Constituyente Castillo:

"... Decimos que los extranjeros que establecen industrias en

el Perú, renuncien a toda intervención diplomática para defender sus intereses . . .".

Esta fue la idea que animó el artículo 17, la cláusula Calvo de nuestro ordenamiento constitucional, hoy sin lugar a dudas discutida y cuestionada por la doctrina (una referencia sobre los problemas que hoy origina este concepto tan debatido, puede verse del jurista chileno Hugo Llanos Mansilla, **Teoría y práctica del Derecho Internacional Público**, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II en prensa).

Pero sin lugar a dudas el artículo 17 cumplió su función, y hoy también le corresponde desempeñar su papel, pero sin ignorar, la actual estructura de la economía mundial. Así vimos cómo en el país se desató una intensa campaña a raíz de la firma de los contratos petroleros con el Japón, en 1974, en el cual el contrato firmado en Tokyo era sustraído de la competencia de los tribunales peruanos. Se dijo, y ello motivó prácticamente una conmoción nacional que dañó al régimen, que el contrato era inconstitucional, y a favor y en contra se dieron muchas opiniones, las cuales fueron lamentablemente acompañadas de actos represivos que son censurables. Pero sin lugar a dudas, el contrato nada tenía que hacer con el artículo 17 de la Constitución del Estado. Se trataba de un crédito hecho por firmas japonesas a empresa peruana debidamente acreditada por la ley, mediante un contrato firmado en Tokyo y por empresas que no estaban constituidas ni domiciliadas en el Perú. El artículo 17, de corte territorialista, no les alcanzaba; el contrato pues no era inconstitucional, pues realizaba una operación que no estaba prevista por la Constitución; y al no estar prevista, no estaba prohibida (el artículo 24 de la Constitución dice que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe). Desde el punto de vista de la dogmática constitucional, nada había que reprochar a estos famosos contratos, que tanta polvareda levantaron. Esto puede apreciarse por ejemplo en un reciente libro del cual es autor mi distinguido colega y amigo el doctor Gonzalo Ortiz de Zevallos Roedel (**Entreguismo**, Lima 1978). Quien analice con detenimiento este extenso como prolífico volumen, llega a la conclusión exactamente contraria a la que sostiene el autor del libro. En efecto, la única prueba que se presenta de la territorialidad de las empresas japone-

sas contratantes, es la inscripción de sus poderes en el Registro de Mandatos, así como el teléfono, la dirección, el telex y la oficina que abrieron en Lima. Pero si se analiza detenidamente los documentos que inserta dicha obra, se podrá constatar que todos estos hechos ocurrieron en 1975, es decir, un año después de la firma del contrato, y que además nada prueban sobre la formación o funcionamiento de las empresas en Lima, pues la existencia de un apoderado para los fines de coordinación, nada quita ni nada pone a la esencia del contrato. El hecho de que en Lima exista un delegado del Fondo Monetario Internacional, no significa que el Fondo resida en Lima, ni tampoco que opere en el país. Lo que se demostró en este caso, es simplemente que en la actualidad existen situaciones no previstas ni por Calvo (que enunció el principio hace más de cien años) ni tampoco por la Carta de 1933. Hoy se dan estas realidades a nivel mundial que no podemos ignorar, y a las cuales hay que darles un tratamiento distinto, acorde con los intereses del país, pero sin obligar a las entidades extranjeras a exigencias que hoy no se aceptan. Esta es la verdad constitucional, que corresponde a su espíritu y letra. Lo cual no significa que nosotros avalemos los contratos con el Japón, ni mucho menos glorifiquemos sus efectos ni tampoco el acierto o la sabiduría de sus alcances y perspectivas (lo que deberá hacerse en su oportunidad).

Pues bien, este artículo 17, ha sido textualmente repetido en la Ponencia en mayoría, bajo el artículo 25. Entonces nos preguntamos ¿es que nada ha pasado en el Perú de los últimos años? ¿O es que por ventura queremos que se repitan en los próximos años los lamentables sucesos que vivimos en 1974? Esto es un error y sin lugar a dudas debe remediararse. Se podría hacer una enumeración más extensa sobre estos aspectos, pero con lo expuesto creemos que es suficiente; además ya el doctor Contreras ha hecho referencias interesantes, sobre las cuales es ocioso volver.

Esto es en términos generales nuestra apreciación sobre esta Ponencia; mis colegas en esta Mesa Redonda tratarán otros temas en profundidad, que completarán y ampliarán mis observaciones.

Podríamos añadir además un aspecto externo, quizá superficial, pero no por ello menos llamativo: mediante un cálculo hecho

un poco empíricamente, al azar, he podido inferir que el conjunto de las Ponencias alcanzan un total aproximado de 500 artículos. De prosperar estos textos, alcanzaríamos un nuevo record: tendríamos la Constitución más larga del mundo (superando a Yugoslavia y a la India). Y esto es preocupante, porque en materia de textos constitucionales, la extensión no es precisamente una virtud.

Hasta aquí nuestro comentario. Se trata si se quiere de una crítica franca, que busca una superación, una mejora. Comprendo por cierto que lo publicado son primeros borradores que más adelante serán perfeccionados, revisados, tamizados, primero en la Comisión Principal, luego en las Plenarias. Pero lo que si es claro, es que se necesita un gran debate a nivel nacional, para poder afinar los conceptos que están en juego. En este sentido, la convocatoria que nos ha hecho el Instituto Peruano de Derecho Bancario puede muy bien ser el punto de partida.