

AQL

- ABOGADOS -

Aníbal Quiroga León
Director

Sergio Verástegui Valderrama
Carlos Yáñez Zevallos

Asesoría Legal y Defensa Procesal SAC

Tel: 0051-1-5917868 – 5196818

aquiroga@aqlabogados.com.pe – aql@aqlabogados.com.pe

www.estudioanibalquiroga.com.pe

http://blog.pucp.edu.pe/blog/anibalquiroga-derechoprocesal

Franklin Leandro Herrera

Ma.Cristina Chiabra Valera

Consultores

Lima, 21 de mayo de 2020

C-025-2020-AQL

Señor

GUILLERMO ACOSTA RODRÍGUEZ

Gerente General

ASOCIACIÓN MARÍTIMA DEL PERÚ – ASMARPE

Av. Camino Real N.º 479, Oficina 701

San Isidro. -

Ref.: Informe Legal-Constitucional sobre la
constitucionalidad del Decreto Legislativo
N.º 1492. -----

De nuestra mayor consideración:

Con relación al asunto de la referencia, conforme a vuestra consulta, en atención a los antecedentes y documentación alcanzada, sírvanse encontrar adjunto el Informe Legal-Constitucional sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1492, Decreto Legislativo que aprueba disposiciones para la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior.

I. **ANTECEDENTES.** -

§. **Impacto de la COVID-19.-**

1.1 Desde el 31 de diciembre de 2019, fecha en que la Comisión Municipal de Salud de Wuhan (Provincia de Hubei, China) notificó un conglomerado de casos de neumonía en dicha ciudad, las afecciones respiratorias asociadas

ga.

al contagio de coronavirus, declarado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020, han sido objeto de especial preocupación y de diversas acciones por parte de los diferentes gobiernos del planeta.

- 1.2 Según la información oficial de la OMS, los coronavirus son una extensa familia de virus que pueden causar enfermedades, tanto en animales como en humanos. En los humanos, se sabe que varios coronavirus causan infecciones respiratorias que pueden ir desde el resfriado común hasta enfermedades más graves como el Síndrome Respiratorio del Oriente Medio (MERS) y el Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SRAS). El coronavirus que se ha descubierto más recientemente es la causa de la enfermedad por coronavirus COVID-19 ⁽¹⁾.
- 1.3 La COVID-19 es la enfermedad infecciosa causada por el coronavirus que se ha descubierto más recientemente. Este virus como la enfermedad que provoca eran desconocidos antes de que estallara el brote de Wuhan, en diciembre de 2019. Actualmente, la COVID-19 es una pandemia que afecta a la mayor parte de los países del mundo ⁽²⁾.
- 1.4 El primer paciente infectado por la COVID-19 en nuestro país fue diagnosticado el 6 de marzo de 2020. A partir de esa fecha, según información oficial del Ministerio de Salud, al 20 de mayo de 2020 se presentaba en nuestro país un total de 104,020 personas infectadas por la COVID-19, que ya había cobrado la vida de 3 024 víctimas ⁽³⁾.
- 1.5 De acuerdo con las cifras publicadas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en marzo del presente año, el Producto Bruto Interno (PBI) experimentó una caída del 16,3% respecto del mismo periodo del año anterior. Este resultado se explica, principalmente, por la caída de la construcción (-46,3%), la minería e hidrocarburos (-42,4%) y la manufactura (-32,2%). Sin embargo, se observaron crecimientos en algunos sectores,

(1) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). “*Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*”. En: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>, consultado el 20 de mayo de 2020.

(2) Ibid.

(3) Fuente: Sala Situacional COVID-19 Perú. En: https://covid19.minsa.gob.pe/sala_situacional.asp, consultado el 20 de mayo de 2020.

tales como: telecomunicaciones, servicios financieros y servicios gubernamentales. Ante la prolongación del aislamiento social obligatorio ahora extendido hasta el 30 de junio de 2020 mediante Decreto Supremo N. 094-2020-PCM, titulado “Medidas para la ciudadanía hacia una nueva y prórroga del estado de emergencia”, resulta de esperarse una caída de la actividad productiva aún mayor en dicho mes.

- 1.6** En el rubro específico de transporte y almacenamiento, según fue reportado por el Instituto Peruano de Economía, *“desde el inicio de la declaración del estado de emergencia se ha priorizado el servicio de transporte de carga. Según la Autoridad Portuaria Nacional (APN), entre el 16 de marzo y 6 de mayo, en el Terminal Portuario del Callao se movilizó más de 4 millones de [toneladas métricas] TM. Ello significa que cada en día en promedio se transportaron 92 mil TM frente a las 96 mil TM trasladadas entre los meses de marzo y mayo (de) 2019. Así, el movimiento marítimo de carga en el principal puerto del país se habría reducido en apenas 4% respecto al periodo marzo – mayo (de) 2019. Dentro de la carga trasladada en las últimas semanas, se registró menor traslado de contenedores y granel líquido (combustible y productos químicos), lo cual fue compensado con el incremento del transporte de granel sólido (trigo, maíz, arroz y fertilizantes)”* ⁽⁴⁾.
- 1.7** En este contexto, el Gobierno del Perú ha venido dictando una serie de normas jurídicas destinadas a la prevención, detección y tratamiento de la COVID-19, entre los cuales, para los propósitos del presente Informe, destacan:
- (i) El Decreto Supremo N.º 008-2020-SA, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 11 de marzo de 2020, que declaró la emergencia sanitaria a nivel nacional, por el plazo de noventa (90) días calendario ⁽⁵⁾; término que vencerá el **9 de junio de 2020**.
 - (ii) El Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, que declaró el Estado de Emergencia Nacional por quince (15) días y se dispuso el aislamiento

⁽⁴⁾ Instituto Peruano de Economía. 2020. *Noveno informe: análisis del impacto económico del COVID-19 en el Perú*. Lima, Perú. p. 19.

⁽⁵⁾ Num. 1.1. del Art. 1º del Decreto Supremo N.º 008-2020-SA.

social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación, como consecuencia del brote de la COVID-19 ⁽⁶⁾. Dicho Estado de Emergencia Nacional se ha ido ampliando, a través de los Decretos Supremos N^{os} 051, 064, 075 y 083 y ahora el 094-2020-PCM, hasta el 30 de junio de 2020, como está arriba citado.

- (iii) El Decreto Supremo N.º 080-2020-PCM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 3 de mayo de 2020, que aprueba la reanudación de actividades económicas en forma gradual y progresiva dentro del marco de la declaratoria de Emergencia Sanitaria Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación como consecuencia de la COVID-19.
- (iv) La Ley N.º 31011, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27 de marzo de 2020, mediante la cual, como veremos a continuación, el Congreso de la República delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la atención de la emergencia sanitaria producida por la COVID-19.

§. Ley N.º 31011. –

1.8 Mediante Ley N° 31011, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27 de marzo de 2020, el Congreso de la República delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar por medio de los llamados “Decretos Legislativos” y por el término de cuarenta y cinco (45) días calendario, sobre diversas materias relacionadas con la atención de la emergencia sanitaria producida por la COVID-19 allí relacionadas.

1.9 Entre las materias delegadas se encuentra la siguiente:

**LEY N.º 31011, LEY QUE DELEGA EN EL
PODER EJECUTIVO LA FACULTAD DE
LEGISLAR EN DIVERSAS MATERIAS
PARA LA ATENCIÓN DE LA**

⁽⁶⁾ Art. 1º del Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM.

**EMERGENCIA SANITARIA PRODUCIDA
POR LA COVID-19**

“Art. 2°. - Materias de la delegación de facultades legislativas.

La delegación de facultades a la que se refiere el artículo 1 de la presente ley comprende la facultad de legislar sobre las siguientes materias:

(...)

8) En materia de bienes y servicios para la población, con la finalidad de garantizar la prestación de los servicios públicos, gestión interna de residuos sólidos, la continuidad de la cadena logística y sus actividades conexas, los servicios esenciales y los derechos de los consumidores y usuarios, durante la vigencia del estado de emergencia sanitaria por la COVID-19, la reconstrucción y cierre de brechas en infraestructura y servicios durante o como producto de la emergencia, y la preservación de patrimonio cultural de la nación.

(...)”.

§. Decreto Legislativo N.º 1492. -

- 1.10** Sobre la base de la norma autoritativa antes reseñada, el 10 de mayo de 2020 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo N.º 1492, que aprueba disposiciones para la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior, como consecuencia de la emergencia sanitaria producida por la COVID-19.

1.11 Conforme lo dispuesto en el Art. 2° del Decreto Legislativo N.º 1492, dicho cuerpo normativo tiene como finalidad:

(i) ***“Promover y asegurar la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones logísticas del comercio exterior, vinculadas al ingreso y salida de mercancías y medios de transporte de carga desde o hacia el país, lo cual incluye la prestación de servicios de transporte de carga y mercancías vinculados a la cadena logística de comercio exterior, en todos sus modos, así como las actividades conexas al mismo de acuerdo con lo estipulado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones”***

...

(ii) ***“Procurar la digitalización de los documentos y procesos de las entidades públicas y privadas, para optimizar el tiempo de las operaciones, prevenir y reducir el riesgo de contagio del personal que presta servicios en toda la cadena logística y brindarle mejores condiciones de salubridad”*** ...

(iii) ***“Garantizar la transparencia en los costos de los servicios de la cadena logística de comercio exterior, la cual se ha visto afectada a consecuencia de la emergencia sanitaria nacional ocasionada por el COVID-19”.***

1.12 Como se señala en su Art. 3°, el Decreto Legislativo N.º 1492 alcanza a: ***“las entidades públicas competentes, operadores de comercio exterior y operadores intervinientes a los que se refiere el Decreto Legislativo N.º 1053, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Aduanas, y sus modificatorias, vinculados a la cadena logística de comercio exterior”.***

1.13 Entre las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N.º 1492 resulta necesario destacar las siguientes:

DECRETO LEGISLATIVO N.º 1492

“Art. 5°. - Digitalización de procesos de comercio exterior.

**5.1 Las entidades públicas que exijan o generen documentos o información relacionada a los procesos vinculados a la cadena logística de comercio exterior, incluyendo los servicios de transporte de carga y mercancías en general en todos sus modos, deben automatizar sus procesos, reemplazar documentos físicos por documentos digitales o digitalizados, e intercambiar datos entre ellas, a fin de evitar el desplazamiento de personas, a efectos de impedir la propagación de enfermedades, así como para optimizar el uso de recursos públicos, y disminuir los costos de transacción involucrados en las operaciones de comercio exterior. La presentación de documentos en físico es excepcional.
(...)”.**

“Art. 7°. - Digitalización de los procesos y trámites logísticos por parte del sector privado.

7.1 Para efectos de brindar sus servicios, los operadores de comercio exterior que se encuentran bajo los alcances de la Ley General de Aduanas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1053, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Aduanas y sus modificatorias, deben incorporar en sus procesos, sistemas de intercambio de datos o mecanismos electrónicos alternos necesarios para la validación de documentos o información,

tales como el uso de documentos digitales o digitalizados, entre otros, con el objeto de evitar el desplazamiento de personas con el consiguiente riesgo de contagio del COVID-19; así como para disminuir costos de transacción involucrados en las operaciones de comercio exterior como consecuencia de la pandemia, siendo excepcional, como mecanismo de contingencia, el uso de papel y el desplazamiento de personas para el traslado de documentos solo en casos estrictamente necesarios. El cumplimiento de esta obligación se efectuará de manera progresiva por operador, según lo señalado en el Reglamento.

7.2 Las navieras o sus representantes deben poner a disposición de sus clientes y /o usuarios del servicio, sistemas u otros mecanismos electrónicos que faciliten el cumplimiento de sus procesos o trámites, necesarios para la autorización comercial de la entrega y/o embarque de la mercancía, así como para facilitar los trámites que correspondan para el recojo y/o devolución de contenedores, equipos u otros dispositivos utilizados para el desarrollo del transporte de carga y mercancías. En tal sentido, no se requerirá la presentación física de copia u original del conocimiento de embarque u otro documento adicional como requisito previo para dicha autorización y/o embarque, debiendo verificarse la representación del dueño de la carga,

consignante o consignatario, a través de medios electrónicos.

(...).

7.5 Para efectos de acreditar la representación del dueño de la carga, consignante o consignatario en los procesos a los que se refiere los numerales 7.2 al 7.3 del presente Decreto Legislativo, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo pone a disposición un mecanismo electrónico de validación de dicha representación”.

“Art. 9°. - Endose en procuración del conocimiento de embarque.

Para efectos de realizar los trámites y procesos ante las líneas navieras y sus representantes, almacenes aduaneros y agentes de carga, así como para el retiro de la carga en los almacenes, al que se refiere los numerales 7.2 y 7.3 del artículo 7 del presente Decreto Legislativo, entiéndase realizado el endose en procuración del conocimiento de embarque, por el dueño, consignatario o consignante de las mercancías a favor de un agente, con la acreditación de dicha representación, a través de medios electrónicos. Esta disposición es aplicable sin perjuicio de lo establecido para el mandato previsto en el artículo 129 del Decreto Legislativo 1053, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Aduanas, y sus modificatorias”.

“Art. 10°. - Facultad de fiscalización y facultad sancionatoria.

10.1 La facultad de realizar la actividad administrativa de fiscalización y la de sanción está a cargo del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

10.2 Respecto de los obligados señalados en el artículo 7 del presente Decreto Legislativo, constituyen infracciones sancionables por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo:

Para los operadores de comercio exterior:

a) No incorporar en sus procesos, sistemas de intercambio de datos o mecanismos electrónicos alternos necesarios para la validación de documentos o información;

Para las navieras o sus representantes:

a) No implementar sistemas u otros mecanismos electrónicos que faciliten el cumplimiento de sus procesos o trámites, necesarios para la autorización comercial de la entrega y/o embarque de la mercancía, así como para facilitar los trámites que correspondan para el recojo y/o devolución de contenedores, equipos u otros dispositivos utilizados para el desarrollo del transporte de carga y mercancías.

b) Requerir la presentación física de copia u original del conocimiento de embarque u otro documento adicional como requisito previo para otorgar la autorización comercial de la entrega y/o embarque de la mercancía, así como para el recojo y/o devolución de contenedores, equipos u otros dispositivos utilizados

para el desarrollo del transporte de carga y mercancías.

Para los almacenes aduaneros y agentes de carga:

a) No implementar sistemas u otros mecanismos electrónicos que faciliten el cumplimiento de sus procesos o trámites necesarios para el ingreso o autorización comercial de entrega de la mercancía, según corresponda.

b) Requerir la presentación física de copia u original del conocimiento de embarque u otro documento adicional para el ingreso o autorización comercial de entrega de la mercancía, según corresponda.

Para las líneas navieras y su representantes, almacenes aduaneros y agentes de carga:

a) No validar la representación del dueño, consignatario o consignante de las mercancías por parte de un agente, a través de medios electrónicos.

10.3 El incumplimiento de lo señalado en el numeral 10.2, configura infracciones administrativas sancionadas con multas por montos de hasta diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

10.4 Los procedimientos de fiscalización y sanción serán regulados vía Decreto Supremo emitido por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo”.

“Art. 11°. - Sobre el contrato de transporte internacional marítimo de mercancías.

11.1 Las cláusulas del contrato de transporte internacional marítimo de

mercancías son obligatorias para las partes, de acuerdo a lo que se haya expresado en ellas, al responder a la voluntad de las partes, siempre que no sea contrario con la normativa nacional e internacional aplicable.

11.2 El contrato de transporte internacional marítimo de mercancías, cuya existencia se sustenta en un documento de transporte, incluye todos los servicios, operaciones, gastos administrativos y cualquier costo o gasto conexos o complementarios, así como cualquier concepto relacionado al servicio principal de transporte que resulten necesarios para la entrega de la carga, o prestados por terceros en su nombre, al dueño, consignatario o consignante, con excepción de aquellos servicios solicitados expresamente de manera adicional por el usuario que resulten necesarios para que se efectúe la entrega de la carga, los cuales forman parte del referido contrato. Todos los servicios deben estar consignados en el documento de transporte, salvo aquellos solicitados de manera adicional.

11.3 Todos los servicios brindados para obtener la entrega de la carga deben estar publicados en el módulo de información sobre los servicios de logística de comercio exterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley N.º 28977, Ley de Facilitación del Comercio Exterior, incorporado por el artículo 3 de la Ley N.º 30809, Ley que modifica la Ley N.º 28977, Ley de Facilitación del

Comercio Exterior, y la Ley N° 30264, Ley que Establece Medidas para Promover el Crecimiento Económico”.

“Art. 12° . - Sobre el Pago.

Corresponde al dueño, consignatario o consignante de la carga pagar aquellos conceptos necesarios para la entrega de la misma, a los que hace referencia el artículo 11 de la presente norma, los cuales han sido elegidos y contratados libremente. En consecuencia, el usuario no está en la obligación de pagar ningún servicio que no se haya contratado con el transportista”.

“Art. 13° . - Lugar de entrega de la mercancía.

13.1 El transportista entrega las mercancías en el lugar designado por el usuario en la declaración aduanera de mercancías y/o el manifiesto de carga, previo al arribo del medio de transporte al terminal correspondiente.

13.2 La entrega de la mercancía no está condicionada a ningún pago previo por servicios que el dueño, consignatario o consignante, o su representante, no haya contratado previamente.

13.3 La obligación del transportista internacional culmina con la entrega de la mercancía en el terminal o lugar dispuesto por el dueño, consignatario o consignante en el documento aduanero correspondiente.

13.4 Lo señalado en los numerales 13.1 a 13.3 del presente artículo, se cumple en concordancia con lo establecido en el artículo 106 de la Ley General de Aduanas, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1053, Decreto Legislativo que aprueba la Ley General de Aduanas”.

**Disposiciones Complementarias
Modificadorias.**

“Primera. - Incorporación del numeral 250.3 al artículo 250 de la Ley N.º 27287, Ley de Títulos Valores.

Incorpórase el numeral 250.3 al artículo 250 de la Ley N.º 27287, Ley de Títulos Valores, conforme al siguiente texto:

250.3 Para el desarrollo de operaciones de comercio exterior, entiéndase efectuado el endose en procuración con la acreditación de la representación del dueño de la carga, consignante y consignatario, a través de medios electrónicos”. [Resaltados nuestros]

- 1.14** De lo expuesto, se aprecia que en ejercicio de la facultad legislativa delegada por la Ley N.º 31011 en lo relacionado con **“la continuidad de la cadena logística y sus actividades conexas”**, con la publicación del Decreto Legislativo N° 1492, el Poder Ejecutivo ha introducido normas con rango de Ley que establecen la obligación de que los documentos empleados en las operaciones logísticas de comercio sean expresados únicamente en soporte digital, modificando específicamente la forma de presentación del endose en procuración del conocimiento de embarque, y establecido sanciones frente a su incumplimiento. Del mismo modo, ha redefinido el contrato de transporte internacional marítimo de mercancías, condicionando la obligatoriedad de sus cláusulas a la conformidad de las disposiciones contenidas en el referido Decreto Legislativo.

II. OBJETO DEL INFORME. -

Se nos solicita opinión legal-constitucional sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1492, sí como las diferentes posibilidades constitucionales que el sistema jurídico provee frente a esta norma.

III. ANÁLISIS. -

A. DELEGACIÓN DE FACULTADES LEGISLATIVAS AL PODER EJECUTIVO. -

3.1 De conformidad con el Art. 102º de la Constitución Política del Estado, es atribución esencial y primordial del Congreso de la República: ***“dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”***.

3.2 Sin embargo, en el moderno Estado constitucional de derecho se han desarrollado los llamados “decretos leyes”⁽⁷⁾ en que, por excepción, la actividad natural de legislación del Congreso, como también normas legislativas con rango material de ley, son dadas y aprobadas por el Poder Ejecutivo, siempre que medie autorización expresa en ley autoritativa previa del Congreso de la República en la que se le fije, además, la materia autorizada y plazo determinado como requisitos esenciales de su validez. Así, el Art. 104º de la Constitución Política del Estado autoriza al Congreso de la República para delegar la facultad legislativa en el Poder Ejecutivo, en los siguientes términos:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

“Art. 104º. - 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.

(7) Véase, por ejemplo, la Constitución española de 1978.

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”.

- 3.3** Como es posible apreciar, el Poder Legislativo tiene la facultad de ceder -o apoderar- al Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante los denominados decretos legislativos. En esta medida, se trata de un acto dispositivo, mediante el cual, *“el Poder Legislativo, amparándose en su propia competencia, atribuye al Poder Ejecutivo los poderes necesarios para que provea de modo legítimo y eficaz como él mismo, la regulación normativa de una determinada materia”* ⁽⁸⁾.
- 3.4** Entre las razones por las cuales se explica la figura de la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo se encuentra la necesidad de una legislación ágil, la legislación de las grandes codificaciones, la complejidad técnica de las tareas del Estado Social y Democrático de Derecho (por ejemplo, en materia tributaria), que adquiere una mayor especialización y, como contrapartida, requiere de respuestas más expeditivas en el marco de las políticas públicas ⁽⁹⁾. Lo que no quiere decir, en modo alguno, que únicamente se recurra a la delegación de facultades en los casos en los cuales se requiera elaborar una normativa técnica, puesto que la Constitución Política del Estado no prevé una limitación en ese sentido y tampoco la práctica parlamentaria ha limitado las materias a delegar en función de su correspondencia o no al contenido del Estado Social y Democrático de Derecho.

⁽⁸⁾ GARCÍA TOMA, Víctor y GARCÍA YZAGUIRRE, José (2009); *Diccionario de Derecho Constitucional*. Lima, Gaceta Jurídica. pp. 104 – 105.

⁽⁹⁾ DONAYRE PASQUEL, Patricia (2001); *Los decretos legislativos en el Perú*. Lima, Gaceta Jurídica. pp. 104–105.

- 3.5 Entre las razones por las cuales opera la delegación de facultades, se han apuntado los siguientes: **(a)** Criterio de confianza política a las autoridades del Órgano Ejecutivo; **(b)** Criterio de necesidad de rápida elaboración, aprobación, promulgación y vigencia de una ley; y **(c)** Criterio de razonabilidad técnica, lo que implica elaboración de la ley por especialistas de una determinada materia ⁽¹⁰⁾.
- 3.6 En este orden de ideas, la delegación de facultades legislativas no supone en absoluto una renuncia general a la función legisladora del Congreso de la República, por lo cual, *“el constituyente ha establecido una reserva negativa, es decir, una serie de materias que tienen que ser necesariamente debatidos y votados al interior del Congreso sin que quepa posibilidad alguna de delegación, y ello justamente porque tales materias requieren de un paciente debate o requieren de una legitimidad democrática de tal grado que no admite su aprobación sin el debate en el Parlamento”* ⁽¹¹⁾.
- 3.7 Sobre esto último, cabe resaltar que, de la concordancia de los Arts. 101°, Inc. 4, y 104° de la Constitución Política del Estado, no puede delegarse al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en las materias relativas a: **“reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República”**; toda vez que dichas materias tampoco pueden ser objeto de delegación de facultades legislativas en la Comisión Permanente del Congreso de la República.
- 3.8 De otro lado, tal como lo establece el precitado Art. 104° de la Constitución Política del Estado la Ley autoritativa debe establecer necesariamente los siguientes aspectos: **(a)** Límite Material, es decir, las materias específicas que definen el marco de las facultades legislativas otorgadas; y **(b)** Límite Temporal, que define el plazo dentro del cual el Poder Ejecutivo puede ejercer la delegación que le ha sido concedida.

⁽¹⁰⁾ GARCÍA TOMA, Víctor (2012); **Legislativo y Ejecutivo en el Perú**. Tercera Edición. Arequipa, ADRUS. p. 236.

⁽¹¹⁾ CARPIO MARCOS, Edgar y VELEZMORO PINTO, Fernando. **“Facultad legislativa delegada”**. En: GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (Director) (2005) **La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo**. Tomo II. Lima, Gaceta Jurídica.

3.9 Es decir, la Ley autoritativa no debe contener disposiciones genéricas, sino, por el contrario, exponer *“reglas precisas, detalladas y exactas [con] relación [a] la materia objeto de delegación y al ‘tiempo legisferante’ que concede”* ⁽¹²⁾.

3.10 Partiendo del marco normativo constitucional anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional (TC) ha identificado como exigencias que se deben cumplir en la habilitación para dictar decretos legislativos las siguientes:

“(a) Sólo puede tener como destinatario al Poder Ejecutivo, quedando excluido la posibilidad de que tal habilitación pueda realizarse a favor de otros poderes del Estado u órganos constitucionales;

(b) Tiene que ser aprobarse por una ley en sentido formal, es decir, a través de una ley ordinaria, aprobada y sancionada por el Parlamento o, en su caso, por su Comisión Permanente;

(c) Requiere de una ley que fije o determine la materia específica que se autoriza legislar, de manera que no es admisible las delegaciones generales, indefinidas o imprecisas; y, a su vez, que ella precise con exactitud el plazo dentro del cual podrá dictarse la legislación ejecutiva delegada.

(d) No comprende lo que atañe a la reforma constitucional, la aprobación de tratados que requieran de habilitación legislativa, leyes orgánicas, la Ley del Presupuesto y la Ley de la Cuenta General de la República” (sic) ⁽¹³⁾.

B. CONTROL DE LA LEGISLACIÓN DELEGADA AL PODER EJECUTIVO. -

3.11 En el ordenamiento constitucional peruano, el control de los Decretos Legislativos opera en forma posterior a su expedición, a través de los mecanismos parlamentario y jurisdiccional, aun cuando las normas emitidas adolezcan de excesos en materia delegada o de incompatibilidades con la Constitución Política del Estado.

3.12 En cuanto el control parlamentario de los Decretos Legislativos, el Art. 90° del Reglamento del Congreso de la República establece un procedimiento

⁽¹²⁾ GARCÍA TOMA, Víctor y GARCÍA YZAGUIRRE, José. Ob. Cit. p. 105.

⁽¹³⁾ Sentencia del TC recaída en el Expediente N.º 00012-2011-PI/TC, Fundamento Jurídico 10.

específico de control sobre los Decretos Legislativos que expide el Presidente de la República en los siguientes términos:

REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

“Art. 90°. - Procedimiento de control sobre la legislación delegada.

El Congreso ejerce control sobre los Decretos Legislativos que expide el Presidente de la República en uso de las facultades legislativas a que se refiere el artículo 104 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) El Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de los decretos legislativos que dicta en uso de las facultades legislativas, dentro de los tres días posteriores a su publicación.

b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto legislativo y a más tardar el primer día útil siguiente, el Presidente del Congreso envía el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso o a la que señale la ley autoritativa, para su estudio.

c) La Comisión informante presenta dictamen, obligatoriamente, en un plazo no mayor de 10 días. En el caso que el o los decretos legislativos contravengan la Constitución Política o excedan el marco de la delegación de facultades otorgado por el Congreso, recomienda su derogación o su modificación para

subsanan el exceso o la contravención, sin perjuicio de la responsabilidad política de los miembros del Consejo de Ministros”.

- 3.13** El control parlamentario de la legislación delegada en el Poder Ejecutivo tiene una naturaleza eminentemente política. Este control político se centra en la evaluación de la opción política del Ejecutivo, es decir, “*en un juicio acerca de la oportunidad o conveniencia política en la tarea normativa encargada*” (14), que puede dar lugar, eventualmente, a la responsabilidad política de los miembros del Consejo de Ministro. Al respecto, como establece el Art. 90° del Reglamento del Congreso de la República, como resultado de este control político puede recomendarse la derogación o modificación de todo o parte del Decreto Legislativo para subsanar el exceso o contravención.
- 3.14** En cuanto al control jurisdiccional, debemos señalar que comprende tanto un juicio de adecuación del Decreto Legislativo a la Ley autoritativa, en tanto una vulneración de esta última implicaría una vulneración del Art. 104° de la Constitución Política del Estado, como también el análisis de la conformidad de sus disposiciones específicas a los principios, derechos y otras disposiciones de rango constitucional.
- 3.15** Se debe tener en cuenta, al respecto, que el Art. 51° de la Constitución Política del Estado establece expresamente que “***toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente***”.
- 3.16** De tal suerte, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional (en adelante el TC), el examen de constitucionalidad de un Decreto Legislativo comprende, a su vez, tres (3) controles:

“a. Control de contenido, a fin de verificar su compatibilidad con las expresas disposiciones de la ley autoritativa, asumiendo que existe una presunción iuris tantum de constitucionalidad de dichos decretos;

(14) CARPIO MARCOS, Edgar y VELEZMORO PINTO, Fernando. Ob. Cit.

b. Control de apreciación, para examinar si los alcances o la intensidad del desarrollo normativo del decreto legislativo no rebasan los parámetros de la dirección política –tributaria– que asume el Congreso de la República en materia legislativa; y

c. Control de evidencia, para verificar si los decretos legislativos no son violatorios de la Constitución por el fondo o por la forma, y si son compatibles o no guardan conformidad con ella” ⁽¹⁵⁾ [Resaltado nuestro].

3.17 En lo que atañe al órgano encargado de ejercer el control jurisdiccional, debemos partir de la premisa que nuestro ordenamiento constitucional configura un sistema mixto de control de constitucionalidad de las normas con rango de Ley, que se expresa en las siguientes disposiciones:

(i) **Control difuso:** Que corresponde al Poder Judicial y que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene su fundamento la facultad del Juez de preferir la norma constitucional a otra de inferior jerarquía, **“siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”**. De conformidad con el Art. 3° de dicho Cuerpo Normativo, se materializa a través del Proceso de Amparo en la medida que procede contra **“normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada”**.

(ii) **Control concentrado:** Que, conforme a los Arts. 200°, Inc. 4, y 202°, Inc. 1, de nuestra Carta Magna, se materializa en el denominado Proceso de Inconstitucionalidad que es resuelto en instancia única por el TC y 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”**.

⁽¹⁵⁾ Sentencia del TC recaída en los Expedientes N.ºs 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (Acumulados), Fundamento Jurídico 10.

3.18 Partiendo de las disposiciones constitucionales y legales anteriormente precisadas, a través de las interpretaciones que sobre los mismos ha expresado el TC en su jurisprudencia, se pasará al análisis de la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1492.

C. CONTROL DE CONTENIDO. -

3.19 Conforme se desarrolló en la parte correspondiente a los Antecedentes del presente Informe, la Ley N.º 31011, Ley autoritativa que dio origen al Decreto Legislativo N.º 1492, se encuentra delimitada del siguiente modo:

- (i) **Límite material:** El Art. 2º, Inc. 8), de la Ley N.º 31011, prevé, en modo general, la materia **“bienes y servicios para la población”** y, específicamente, el rubro **“continuidad de la cadena logística y sus actividades conexas”** durante el estado de emergencia sanitaria por la COVID-19.
- (ii) **Límite temporal:** El Art. 1º de la Ley N.º 31011 otorga al Poder Ejecutivo un plazo para legislar, entre otras, sobre la materia anteriormente señalada, de cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de su vigencia; con lo cual, el término máximo para el ejercicio de las facultades legislativas delegadas concluyó el **11 de mayo de 2020**.

3.20 En cuanto al límite temporal, el Decreto Legislativo N.º 1492 fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el **10 de mayo de 2020**, es decir, dentro del plazo conferido por la Ley N.º 31011.

3.21 En cuanto al límite material, tal como se expresa en su Art. 1º, el Decreto Legislativo N.º 1492 sustenta expresamente su expedición en la materia prevista en el Art. 2º, Inc. 8º de la Ley N.º 31011, cuando identifica como objeto de su regulación **“establecer disposiciones que permitan la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior, a consecuencia de la**

emergencia sanitaria producida por la COVID-19" ⁽¹⁶⁾. [Resaltado nuestro]

- 3.22** A este respecto, cabe recordar que también el Decreto Legislativo N.º 1492 fue publicado en el Diario Oficial El Peruano antes del 9 de junio de 2020, fecha fijada como límite de la emergencia sanitaria establecida por el Decreto Supremo N.º 008-2020-SA anteriormente referido.
- 3.23** Sin embargo, es necesario advertir que el transporte de carga y mercancía no se encuentra comprendido dentro del cierre temporal de fronteras, conforme lo dispuesto por el Num. 8.3 del Art. 8º del precitado Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, que declaró el Estado de Emergencia Nacional y ordenó el aislamiento social obligatorio hasta el **30 de marzo de 2020**. Esta disposición no fue modificada por los Decretos Supremos N.ºs 051, 064, 075 y 083-2020-PCM, que, como hemos señalado anteriormente, ampliaron el Estado de Emergencia Nacional hasta el 24 de mayo de 2020.
- 3.24** Efectuadas estas precisiones, se pasará al examen de las principales disposiciones del Decreto Legislativo N.º 1492, teniendo como parámetro de control el Art. 2º, Inc. 8, de la Ley N.º 31011 (Ley autoritativa), en cuanto establece que la materia legislativa que el Congreso de la República delegó al Presidente de la República, relativa a **"la continuidad de la cadena logística y sus actividades conexas"** se encuentra delimitada por el marco del **"estado de emergencia sanitaria por la COVID-19"**.
- 3.25** En cuanto a las **finalidades** del Decreto Legislativo N.º 1492, previstas en su Art. 2º, no resulta evidente ni está debidamente acreditada la existencia de una necesidad urgente de promoción y aseguramiento de la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones logísticas del comercio exterior, vinculadas al ingreso y salida de mercancías y medios de transporte de carga desde o hacia el país, máxime si se tiene en cuenta que dichas actividades no se han visto restringidas por la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional y por la orden de aislamiento obligatorio (cuarentena), tal como se desprende del Num. 8.3 del Art. 8º del Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, anteriormente mencionado.

⁽¹⁶⁾ Art. 1º del Decreto Legislativo N.º 1492.

- 3.26 De otro lado, más allá de una escueta referencia a una afectación producida como consecuencia de la COVID-19, no se especifica, ni es posible inferir, qué relación guarda esta problemática con respecto a la necesidad de garantizar la **“transparencia en los costos de los servicios de la cadena logística de comercio exterior”**. Si bien es cierto, la transparencia económica es una de las condiciones necesarias para la eficiencia de una política de libre mercado, ya existen mecanismos que buscan garantizar, justamente, los costos y condiciones aplicables a los servicios de la cadena logística; cuya aplicación no se ha visto afectada de resultados de la pandemia de la COVID-19.
- 3.27 Sobre esto último, es necesario resaltar que el 7 de julio de 2018, vale decir, con anterioridad al brote de la pandemia de la COVID-19, fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la Ley N.º 30809, que modificó la Ley N.º 28977, Ley de Facilitación del Comercio Exterior, y la Ley N.º 30264, Ley que Establece Medidas para Promover el Crecimiento Económico, para, precisamente, introducir normas que garanticen la transparencia en las operaciones de logística de comercio exterior, tal como es posible apreciar a renglón seguido:

LEY N.º 28977, LEY DE FACILITACIÓN DEL COMERCIO EXTERIOR

“Art. 10º. - *Publicación del contenido y precios de servicios de logística de comercio exterior.*

10.1 Encárgase al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo la creación y administración de un módulo de información sobre los servicios de logística de comercio exterior, de acceso gratuito al público, el cual contiene información sobre la descripción, precios y listado de los servicios de logística de comercio exterior. En ningún caso se podrá interferir con la nomenclatura y definición de los servicios que se prestan.

10.2 Se encuentran obligados a remitir a la Dirección General de Facilitación de Comercio Exterior del Viceministerio de Comercio Exterior, así como a mantener actualizada la información señalada en el artículo 11 de la presente ley, los siguientes operadores:

a) Los administradores o concesionarios de los puertos, aeropuertos o terminales terrestres internacionales.

b) Las empresas de transporte internacional de mercancías por carretera.

c) Los agentes de carga internacional.

d) Los almacenes aduaneros que prestan servicios públicos.

e) Las líneas navieras y aéreas o sus representantes.

f) Los agentes marítimos.

g) Los operadores de transporte multimodal.

h) Las empresas de servicio postal.

i) Las empresas de servicio de entrega rápida.

j) Los agentes de aduana.

k) Aquellos prestadores de servicios que sean incorporados en la Ley General de Aduanas como operadores de comercio exterior, a partir de la vigencia de la presente ley.

10.3 La incorporación en el módulo de información sobre los servicios de logística de comercio exterior de los operadores indicados en el literal precedente, se realiza de manera progresiva en un término máximo de 4 años a partir de la entrada en vigencia de

la presente ley, conforme al cronograma que determine el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo en el reglamento correspondiente”.

“Art. 11°. - Alcances de la información presentada por los operadores.

11.1 Los operadores señalados en el numeral 10.2 del artículo 10 de la presente ley son responsables de mantener actualizada la información de todos los servicios que brindan, el contenido de los mismos y los precios correspondientes.

11.2 La información a ser enviada debe contener los siguientes datos:

a) Descripción de cada uno de los servicios que se prestan.

b) Precio correspondiente a cada servicio que se presta, sin incluir el impuesto general a las ventas (IGV) y detallando la moneda.

c) Lista de servicios que se prestan afectos e inafectos al IGV.

11.3 La información debe ser enviada en formato digital según los requerimientos establecidos por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Dicha información tiene el carácter de declaración jurada y es vinculante para los prestadores y usuarios del servicio, sin perjuicio de los beneficios o descuentos a los precios que los prestadores puedan otorgar a favor de los usuarios”.

“Art. 12°. - Sobre la creación de plataformas logísticas.

**12.1 Corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones las competencias normativas, de planificación, de gestión, de regulación, de fiscalización y de evaluación del Sistema de Plataformas Logísticas para la generación de volúmenes de carga que inciden en la reducción de costos logísticos y una mejor distribución modal de transporte.
(...)”.**

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS
FINALES.**

“PRIMERA. - Plazo para la implementación del módulo de información sobre los servicios de logística de comercio exterior.

El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo debe implementar el módulo de información sobre los servicios de logística de comercio exterior al que se refiere el artículo 10 de la presente ley, en un plazo no mayor de trescientos sesenta (360) días calendario, contados desde el día siguiente de la publicación de la presente ley en el diario oficial El Peruano”.

**LEY N° 30264, LEY QUE ESTABLECE
MEDIDAS PARA PROMOVER EL
CRECIMIENTO ECONÓMICO.**

“Art. 19° . - Infracciones y Sanciones.

19.1 Respecto de los operadores señalados en el numeral 10.2 del artículo

10 de la Ley 28977, Ley de Facilitación del Comercio Exterior, constituyen infracciones sancionables por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo no remitir y/o no actualizar la información que debe ser publicada en el módulo de información del referido ministerio.

19.2 La infracción es sancionada con multas no superiores a 10 UIT. El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo queda autorizado a establecer mediante decreto supremo una escala de sanciones que aplica ante la infracción establecida en el párrafo precedente.

19.3 Lo dispuesto en el presente artículo no resulta aplicable a aquellos sujetos que se encuentran bajo el ámbito de competencia del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura en Transporte de Uso Público (OSITRAN)".

[Resaltado nuestro]

- 3.28** Como se puede advertir, estas modificaciones introdujeron un régimen de transparencia –aplicable, entre otras, a las empresas de transporte marítimo internacional de mercancías– a través de la implementación de un módulo de información a cargo del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de acceso gratuito al público, que contiene información sobre la descripción, precios y listado de los servicios de logística de comercio exterior. Inclusive, se prevé que el incumplimiento de la obligación de las empresas de proporcionar la información anteriormente detallada constituye una infracción administrativa sancionable con multas de hasta diez (10) UIT.
- 3.29** Con lo cual, la finalidad de transparencia en los costos de los servicios de la cadena de logística de comercio exterior, planteada en el Art. 2° del Decreto Legislativo N.º 1492, ya se encuentra estrictamente reglada en

normas con rango de Ley cuya aplicación no se ha visto afectada en modo alguno por la pandemia de la COVID-19.

- 3.30** Resulta, además, incomprensible que se haya acogido como finalidad del Decreto Legislativo N.º 1492 la transparencia en las operaciones de comercio exterior cuando sobre este rubro el Estado ya cuenta con un marco normativo y tiene una agenda pendiente de implementación. En esta línea, resalta el hecho que el 2 de marzo de 2020 fue publicado en el Portal Institucional del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo el Proyecto de Decreto Supremo que aprobó el Reglamento del Art. 10º de la Ley N.º 28977 para la Implementación del Módulo de Información sobre los Servicios de Logística de Comercio Exterior ⁽¹⁷⁾, sin que se haya continuado la aprobación y puesta en marcha de dicho reglamento.
- 3.31** En cuanto a la **digitalización de procesos de comercio exterior para las entidades públicas** ⁽¹⁸⁾, la obligación de automatizar los procesos, reemplazar documentos físicos por documentos digitales o digitalizados y el intercambiar datos entre ellas, se sustenta, entre otras razones, en la optimización del uso de recursos públicos y la disminución de los costos de transacción en las operaciones de comercio exterior; finalidades sin relación necesaria con estado de emergencia sanitaria por la COVID-19. Más aún, si se tiene en cuenta que la presentación de documentos en físico se convierte en excepción y no en regla; situación que no se encuentra condicionada a la persistencia o no de la precitada emergencia sanitaria y, consecuentemente, a la necesidad de evitar el contacto físico, en la medida que tampoco se ha previsto que el Decreto Legislativo N.º 1492 tenga un alcance temporal.
- 3.32** En lo que atañe a la **digitalización de los procesos y trámites logísticos por parte del sector privado**, la obligación de los operadores de comercio exterior de incorporar en sus procesos sistemas de intercambio de datos o mecanismos electrónicos alternos necesarios para la validación de documentos o información, tales como el uso de documentos digitales o digitalizados ⁽¹⁹⁾, no puede tener sustento en la necesidad de evitar el riesgo

⁽¹⁷⁾ De conformidad con lo dispuesto por la Resolución Ministerial N.º 053-2020-MINCETUR.

⁽¹⁸⁾ Num. 5.1 del Art. 5º del Decreto Legislativo N.º 1492.

⁽¹⁹⁾ Num. 7.1 del Art. 7º del Decreto Legislativo N.º 1492.

de contagio de la COVID-19 y el aumento de costos de transacción de las operaciones de comercio exterior como consecuencia de la pandemia, supuestamente producidos por el uso de soporte papel y/o el desplazamiento de personas para el traslado de documentos; ya que tampoco existe una relación entre ambos factores y los riesgos que presuntamente generan. Sobre esto último, cobra relevancia el hecho que las operaciones logísticas del comercio exterior, vinculadas al ingreso y salida de mercancías y medios de transporte de carga desde o hacia el país no se han visto restringidas por la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional y la orden de aislamiento social obligatorio (cuarentena). De otro lado, estas obligaciones no están sujetas a la continuidad o no de la emergencia sanitarias antes referida y, por consiguiente, a la necesidad de disipar los riesgos que podría generar una tramitación presencial masiva durante su duración. Sobre el particular, reiteramos, no se ha previsto una vigencia temporal de las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 1492.

3.33 Por idénticas consideraciones, no se sustenta en el estado de emergencia sanitaria por la COVID-19 ni se condiciona a su duración que se establezca como regla de cumplimiento obligatorio para las navieras o sus representantes que prescindan de la presentación física de copia u original del conocimiento de embarque u otro documento adicional como requisito previo para dicha autorización o embarque, debiéndose limitar a verificar la representación del dueño de la carga, consignante o consignatario, a través de medios electrónicos ⁽²⁰⁾.

3.34 En lo referido al **endose en procuración del conocimiento de embarque por el dueño, consignatario o consignante de las mercancías en favor de un agente**, la norma según la cual este se tiene por realizado con la sola acreditación de dicha representación por medios electrónicos ⁽²¹⁾ carece de todo sustento en el estado de emergencia sanitaria por la COVID-19 y, por tanto, su existencia no se condiciona a la permanencia o no de dicha emergencia sanitaria.

3.35 Desde una perspectiva general, el Art. 41º de la Ley N.º 27287, Ley de Título Valores, regula el endose en procuración del siguiente modo:

⁽²⁰⁾ Num. 7.2 del Art. 7º del Decreto Legislativo N.º 1492.

⁽²¹⁾ Art. 9º del Decreto Legislativo N.º 1492.

LEY N° 27287, LEY DE TÍTULO VALORES

“Art. 41°. - Endoso en procuración o cobranza.

41.1 El endoso que contenga la cláusula ‘en procuración’, ‘en cobranza’, ‘en canje’ u otra equivalente, no transfiere la propiedad del título valor; pero faculta al endosatario para actuar en nombre de su endosante, estando autorizado a presentar el título valor a su aceptación, solicitar su reconocimiento, cobrarlo judicial o extrajudicialmente, endosarlo sólo en procuración y protestarlo u obtener la constancia de su incumplimiento, de ser el caso.

41.2 El endosatario conforme a las cláusulas señaladas en el párrafo anterior, por el solo mérito del endoso, goza de todos los derechos y obligaciones que corresponden a su endosante, incluso de las facultades generales y especiales de orden procesal, sin que se requiera señalarlo ni cumplir con las formalidades de ley para designar representante.

41.3 El endoso antes señalado no se extingue por incapacidad sobreviniente del endosante o por muerte de éste, ni su revocación surte efectos respecto a terceros, sino desde que el endoso se cancele. La cancelación de este endoso, puede solicitarse en proceso sumarísimo; y, se entiende hecha si se devuelve testado o mediante endoso del endosatario en procuración a su respectivo endosante.

41.4 El obligado puede oponer al endosatario en procuración sólo los medios de defensa que proceden contra el endosante en procuración”.

- 3.36** Así, el endoso en procuración importa el otorgamiento de un mandato al portador del título para que realice las gestiones propias de su cobro. El endosante que no puede o no quiere ocuparse de las diligencias de aceptación y cobro o protesto del título, lo entrega a un tercero con la referencia “valor al cobro” o “al cobro”, para que de este modo quien reciba el título actúe en su nombre y representación ⁽²²⁾.
- 3.37** De tal suerte, mediante el endose se transfieren los derechos en el título, dado su carácter literal; pero no el dominio, sino la mera tenencia, limitándose los poderes del endosatario que puede ejercitar por poder todos los derivados del título como el de la legitimación, el aval, las acciones cambiarias y también las garantías, menos el de endosar, ya que solo vale el endoso a título de mandato ⁽²³⁾.
- 3.38** Es decir, el endosante transfiere al endosatario facultades específicas determinadas por la Ley, tales como las posibilidades por parte de este último de presentar el valor para la aceptación, cobrarlo judicial o extrajudicialmente, endosarlo en procuración o protestarlo ⁽²⁴⁾.
- 3.39** En tanto endoso de título valor a la orden, el endoso en procuración debe cumplir con los requisitos establecidos en el Art. 34° de la Ley N.º 27287, Ley de Título Valores, del siguiente modo:

LEY N° 27287, LEY DE TÍTULO VALORES.

“Art. 34° . - El endoso.

⁽²²⁾ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando (2002; **Comentarios a la Ley de Títulos Valores**. Segunda Edición. Lima, Gaceta Jurídica. p. 240.

⁽²³⁾ MUÑOZ, Luis (1973); **Títulos valores crediticios: letra de cambio, pagaré y cheques**. Buenos Aires, TEA Editores. p. 337.

⁽²⁴⁾ PEÑA NOSSA, Lisandro (1992); **Curso de Títulos Valores**. Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis. p. 53.

34.1 El endoso es la forma de transmisión de los títulos valores a la orden y debe constar en el reverso del título respectivo o en hoja adherida a él y reunir los siguientes requisitos:

a) Nombre del endosatario;

b) Clase del endoso;

c) Fecha del endoso; y

d) Nombre, el número del documento oficial de identidad y firma del endosante. (...)".

3.40 Sobre este punto, cabe resaltar que conformidad con el Num. 34.5 del precitado Art. 34° de la Ley N.º 27287, Ley de Título Valores, ***“el nombre, el número del documento oficial de identidad y la firma del endosante son requisitos esenciales del endoso, por lo que su inobservancia conlleva la ineficacia del endoso”***.

3.41 Con lo cual, es evidente que un endose como el configurado por el Art. 9° del Decreto Legislativo N.º 1492, en donde basta la acreditación de la representación por medios electrónicos, no reúne en modo alguno los requisitos establecidos por el Art. 34° de la Ley N.º 27287, Ley de Título Valores –que no ha sido modificado por Decreto Legislativo N.º 1492– lo que, en principio, permite abrigar serias dudas con respecto a su eficacia en el tráfico jurídico, en la medida que no se ha previsto un mecanismo idóneo para registrar la firma del endosante.

3.42 Esta antinomia explica por qué se ha insertado el **Num. 250.3 en el Art. 250° de la Ley N.º 27287, Ley de Títulos Valores** ⁽²⁵⁾, –que, precisamente, regula el conocimiento de embarque– mediante el cual se establece que ***“se entiende por efectuado el endose procuración con la acreditación de la representación del dueño de la carga, consignante y consignatario, a través de medios electrónicos”***; disposición que adolece de una imperfección en la técnica normativa, puesto que no precisa si para tal efecto se prescinden de los requisitos previstos en el Art. 34° de

⁽²⁵⁾ Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N.º 1492.

la Ley N.º 27287. Además, esta norma no se sustenta en la emergencia sanitaria por la COVID-19 ni se encuentra condicionada a su duración.

- 3.43** En cuanto a las **facultades de fiscalización y sancionadora conferida al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo** ⁽²⁶⁾, debemos tener en cuenta que ninguna de las disposiciones contenidas en la Ley N.º 31011 faculta al Poder Ejecutivo para ejercer potestades sancionadoras frente al incumplimiento de las normas dictadas en las materias objeto de delegación de facultades legislativas por parte del Congreso de la República. Por otra parte, tal como lo prevé el Art. 19º de la Ley N.º 30264, Ley que establece Medidas para Promover el Crecimiento Económico, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo ya se encuentra premunido de facultades sancionadoras frente a la omisión de entrega y/o actualización por parte de las empresas de la información a ser publicada en su módulo de información; no habiéndose previsto en qué modo estas nuevas facultades sancionadoras podrán ser aplicadas en el contexto normativo anterior a la entrada en vigor del Decreto Legislativo N.º 1492.
- 3.44** Sobre el particular, se debe tener en cuenta que la atribución de potestades sancionadoras a las entidades de la Administración puede hacerse únicamente por norma con rango de Ley, conforme se desprende de las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

***“Art 2º. - Toda persona tiene derecho:
(...)***

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están

⁽²⁶⁾ Art. 10º del Decreto Legislativo N.º 1492.

prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

(...)

d. Nadie será 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.

(...)”.

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N.º 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N.º 004-2019-JUS.

“Art. 248°. - Principios de la potestad sancionadora administrativa.

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. Legalidad. - Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

(...)”. [Resaltados nuestros]

- 3.45** Como se advierte, si bien es cierto que *a priori* la potestad sancionadora conferida al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo por el Decreto Legislativo N.º 1492 cumple con el requisito de legalidad, al tratarse este de una norma con rango de Ley, también lo es que no forma parte de las

materias de delegación de facultades legislativas establecidas en la Ley N.º 31011 la atribución al Poder Ejecutivo de potestades sancionadoras de ningún tipo Y, tampoco se sustenta esta atribución ni se sujeta su ejercicio a la existencia o no del estado de emergencia sanitaria por la COVID-19.

- 3.46** La regulación del contenido y alcances del **contrato de transporte internacional marítimo de mercancías** ⁽²⁷⁾, del **pago** ⁽²⁸⁾ y del **lugar de entrega de la mercancía** ⁽²⁹⁾, tiene un alcance normativo y una vocación de permanencia que no corresponden al estado de emergencia sanitaria por la COVID-19, tanto en su sustento como en su duración.
- 3.47** A la luz de las consideraciones anteriormente expuestas, se aprecia que los aspectos más importantes de la regulación contenida en el Decreto Legislativo, tales como las finalidades normativas, el reemplazo del soporte papel por medios digitales en las operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior por documentos y la digitalización de dichos procesos, el endose en procuración del conocimiento de embarque con la sola acreditación de la representación por medios electrónicos, las facultades de fiscalización y de sanción al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, el contrato de transporte internacional marítimo de mercancías, el pago, el lugar de entrega de la mercancía y la modificación de la Ley N.º 27287, Ley de Títulos Valores, no tienen una relación directa con la emergencia sanitaria por la COVID-19 ni se encuentran condicionadas a su duración.
- 3.48** Por consiguiente, en cuanto al **control de contenido**, es posible concluir que el Decreto Legislativo N.º 1492 excedió el límite material de la delegación de facultades en el rubro específico de **“operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior en el marco de la emergencia sanitaria por la COVID-19”**, establecido en el Inc. 8 del Art. 2º de la Ley N.º 31011 (Ley autoritativa).

D. CONTROL DE APRECIACIÓN. -

⁽²⁷⁾ Art. 11º del Decreto Legislativo N.º 1492.

⁽²⁸⁾ Art. 12º del Decreto Legislativo N.º 1492.

⁽²⁹⁾ Art. 13º del Decreto Legislativo N.º 1492.

3.49 Para el control de apreciación se tendrá como parámetro de análisis la concordancia de los Arts. 101°, Inc. 4, y 104° de la Constitución Política del Estado que impiden la delegación por parte del Congreso al Presidente de la República de facultades legislativas en las materias de: ***“reforma constitucional, ni a la aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República”***.

3.50 Estando a que, de la revisión de las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N.º 1492, se advierte que ninguna de ellas se relaciona con las materias anteriormente señaladas, concluimos que, desde la perspectiva del **control de apreciación**, el referido Decreto Legislativo no excedió los límites constitucionales en el ejercicio de las facultades legislativas que se otorgaron al Presidente de la República por la Ley N.º 31011 (Ley autoritativa).

E. CONTROL DE EVIDENCIA. -

§. **Vulneración del Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Reglas de La Haya-Visby). -**

3.51 El Art. 2° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados expresa que, para los efectos de su aplicación, ***“se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estado y regidos por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”***.

3.52 Desde esta perspectiva, un Tratado Internacional ***“es un instrumento donde se consignan disposiciones libremente pactadas entre dos o más sujetos de Derecho Internacional con el fin de crear, modificar o extinguir obligaciones y derechos”***.

3.53 Se trata de un instrumento puesto en la praxis internacional, que le otorga al documento escrito un carácter vinculante obligatorio; sin embargo, el Art. 3° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados da

reconocimiento y, en consecuencia, valor jurídico a los acuerdos internacionales no celebrados por escrito, los cuales se rigen por las normas del Derecho Internacional Consuetudinario.

- 3.54** En cada Tratado Internacional se determinan preceptos libremente pactados, siendo esencial que entre los miembros prevalezcan el mutuo acuerdo en la normativa o disposiciones discutidas y acordadas, ya que estas se transforman en normas de derecho para cada uno de los signatarios. De tal suerte, deben estar involucrados al menos dos sujetos de Derecho Internacional Público, ya sean estados u organizaciones internacionales, puesto que se habla de un acuerdo voluntades pactado entre ellos. En ausencia de estos sujetos, no puede darse ningún tratado.
- 3.55** Este instrumento debe tener un propósito, es decir, se realiza con la finalidad de regular determinada situación, ya sea mediante la creación de disposiciones (si no existen), su modificación (en el caso de que existan y ameriten algún cambio) o extinción cuando se consideren innecesarias o haya imposibilidad de cumplimiento por parte de los estados miembros. De todo Tratado Internacional emergen derechos y obligaciones (normas jurídicas internacionales) que son de obligatorio cumplimiento para los signatarios de dicho instrumento internacional.
- 3.56** Como hemos visto hasta ahora, los tratados internacionales crean derecho y obligaciones, lo cual constituye el efecto general de los mismos. Su obligatoriedad se deriva del Principio "***Pacta Sunt Servanda***" (los contratos son obligatorios entre sus partes y deben ser celebrados, negociados y ejecutados conforme a las reglas de la buena fe y común intención) reconocido repetidamente por la Comunidad Internacional; el cual se encuentra expresamente consagrado en el Art. 26° de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de la siguiente manera: "***todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe***".
- 3.57** La firma de un tratado implica la voluntad de sus partes de crear obligaciones legales de acuerdo con sus términos. Ergo, se deben respetar de buena fe todas las obligaciones asumidas. Las relaciones legales creadas por un tratado están regidas por el Principio Pacta Sunt Servanda, lo cual es válido para todas las obligaciones asociadas a un Tratado

consentido por la libre voluntad de las partes. Vale decir, este principio hace obligatorios todos los tratados libres de vicios de consentimiento. Tales vicios, que invalidan los tratados son: error, fraude, corrupción, coerción, entre otros.

- 3.58** En virtud del Principio Pacta Sunt Servanda, los tratados son de obligatorio cumplimiento; aunque no pueden basar su obligatoriedad en el principio de legalidad (porque no existe un órgano legislativo superior), ni el de autonomía de la voluntad, ya que los vicios de voluntad no pueden ser invocados para determinar su nulidad, porque no se trata de la voluntad del negociador o del firmante, sino la del Estado y esta siempre es aceptada de buena fe.
- 3.59** Sobre el particular, es necesario precisar que, de conformidad con el Art. 27° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ***“una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”***.
- 3.60** Así, una consecuencia del Principio Pacta Sunt Servanda consiste en la necesidad de ser cumplido conforme a su tenor específico. Partiendo de lo cual, es posible concluir lo siguiente:
- (i) El tratado debe cumplirse, no se puede dejar en el vacío. Si esto ocurre será porque las partes no quieren darle vigor y actuación, pero si una de ellas reclama su cumplimiento, la otra tiene que cumplir sus prestaciones.
 - (ii) El tratado ha de ser cumplido conforme su tenor, es decir, se debe cumplir lo que dicta y establece, puesto que lo expresamente pactado es norma de cumplimiento y de conducta.
 - (iii) El tratado tiene que cumplirse de buena fe; dado que las partes han de comportarse de acuerdo con las más estrictas exigencias de la moral ciudadana.
- 3.61** En síntesis, la obligatoriedad de cumplimiento de los tratados por parte de los sujetos de Derecho Internacional Público se expresa de la siguiente

manera: **“Los tratados son de obligatorio cumplimiento y no se pueden invocar normas de derecho interno en su contra, de acuerdo con los Arts. 26° y 27° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados”**.

3.62 A la fecha de publicación del Decreto Legislativo N.º 1492, en materia de transporte marítimo de mercancías, se encontraban en vigor el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Reglas de La Haya), suscrito en Bruselas (Bélgica) el 25 de agosto de 1924, ratificado por el Perú por Resolución Suprema N.º 687, del 16 de octubre de 1964. Este Convenio fue modificado por el Protocolo de Bruselas (Reglas de La Haya-Visby), del 23 de febrero de 1968, que también fue ratificado por nuestro país.

3.63 Entre las normas del **Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Reglas de La Haya-Visby)** relacionadas con los propósitos del presente Informe, conviene resaltar las que corresponden a las siguientes materias:

- (i) Se define al contrato de transporte como aquel **“documentado por un conocimiento de embarque o cualquier documento de título similar, en la medida que tal documento se refiera a un transporte de mercancía por mar; incluyendo cualquier documento de embarque o documento similar emitido en virtud de un contrato de fletamento, desde el momento que tal conocimiento de embarque o documento de título similar, regula las relaciones entre el transportador y el tenedor del mismo”** ⁽³⁰⁾.
- (ii) Se define al transporte de mercancías como **“el tiempo transcurrido desde el momento en que las mercaderías son cargadas a bordo del buque hasta su descarga del buque”** ⁽³¹⁾; lo que se ha denominado por la doctrina “responsabilidad gancho a gancho”.

⁽³⁰⁾ Art. 1º, Lit. “b” del Convenio Internacional para la U. de C. R. en Materia de Conocimiento de Embarque.

⁽³¹⁾ Art. 1º, Lit. “e”, del Convenio Internacional para la U. de C. R. en Materia de Conocimiento de Embarque.

- (iii) Se precisan las obligaciones a cargo del transportista en cuanto a:
- (a) La razonable o debida diligencia para: poner la nave en condiciones de navegabilidad, dotar de tripulación, equipar y abastecer el buque adecuadamente y preparar y poner en buen estado las bodegas, las cámaras frías y frigoríficas, y todos los demás lugares del buque en el que se transportan mercancías ⁽³²⁾;
 - (b) El estricto cuidado de la carga, disponiendo que se realice en forma apropiada y cuidadosa al embarque, conservación, estriba, transporte, cuidado, vigilancia y descarga de las mercancías transportadas ⁽³³⁾; y
 - (c) La entrega al cargador del conocimiento de embarque por parte del transportista, capitán o agente una vez recibidas y tomadas a su cargo las mercaderías, consignando específicamente: las marcas principales para la identificación de las mercancías y el número de bultos o piezas, o la cantidad o peso y el estado y acondicionamiento de las mercaderías ⁽³⁴⁾.
- (iv) Se exonera de responsabilidad al transportista en los siguientes casos: (a) Falta náutica o en la administración de la nave; (b) Incendio; (c) Riesgos, peligros o accidentes de mar o de otras aguas navegables; (d) Insuficiencia de embalaje ⁽³⁵⁾; y (e) Pérdida y daño causado a la mercadería o concerniente a ella que exceda de 10 000 francos por bulto o unidad, o 30 francos por kilogramo de peso bruto ⁽³⁶⁾. Asimismo, se exime de responsabilidad al transportista y a la nave por las pérdidas o daños provenientes o que resulten del estado de innavegabilidad del buque, a menos que dicha circunstancia sea imputable a la falta de diligencia razonable del transportista ⁽³⁷⁾.

3.64 Por su parte, en el Decreto Legislativo N.º 1492, en cuanto al contenido del contrato de transporte marítimo internacional, no se delimitan las obligaciones y exoneraciones de responsabilidad del transportistas, limitándose a señalar que debe incluir **“todos los servicios, operaciones, gastos administrativos y cualquier costo o gastos conexos o**

⁽³²⁾ Art. 3º, Inc. 1, del Convenio Internacional para la U. de C. R. en Materia de Conocimiento de Embarque.

⁽³³⁾ Art. 3º, Inc. 2, del Convenio Internacional para la U. de C. R. en Materia de Conocimiento de Embarque.

⁽³⁴⁾ Art. 3º, Inc. 3, del Convenio Internacional para la U. de C. R. en Materia de Conocimiento de Embarque.

⁽³⁵⁾ Art. 4º, Inc. 2, del Convenio Internacional para la U. de C. R. en Materia de Conocimiento de Embarque.

⁽³⁶⁾ Art. 4º, Inc. 5, del Convenio Internacional para la U. de C. R. en Materia de Conocimiento de Embarque.

⁽³⁷⁾ Art. 4º, Inc. 1, del Convenio Internacional para la U. de C. R. en Materia de Conocimiento de Embarque.

complementarios, así como cualquier concepto relacionado al servicio de transporte principal”⁽³⁸⁾; previéndose, inclusive, la posibilidad de incluir en el contrato los **“servicios expresamente solicitados de manera adicional por el usuario que resulten necesarios para que se efectúe la entrega de la carga”**. Y, en lo que atañe a la entrega de la mercadería, se contempla la posibilidad de que se haga **“en el lugar designado por el usuario en la declaración aduanera de mercancías”**⁽³⁹⁾; extendiendo de este modo la responsabilidad del transportista más allá de la denominada “responsabilidad gancho a gancho” previsto en el Art. 1°, Inc. “e”, del Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Reglas de La Haya-Visby).

3.65 Con relación a ello, de conformidad con el Art. 13°, Num. 13.1 del Decreto Legislativo N.º 1492, es obligación del transportista llevar la carga hasta el almacén o lugar que el consignatario elija, esto puede ser cualquier lugar, por cuenta y costo del transportista. Además, obliga en caso no se designe lugar, que el contenedor quede en custodia en el puerto (default puerto). Esto excede totalmente los términos del contrato de transporte marítimo donde se establece claramente donde comienza y acaba el servicio. Lo que resulta particularmente preocupante, porque constituye una clara muestra de oponibilidad de normativa interna frente a tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Peruano, prohibida taxativamente por el Art. 27° de la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados.

3.66 De otro lado, mediante Decreto Supremo N.º 012-2020-RE, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 12 de mayo de 2020, el Estado Peruano ha denunciado el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Reglas de La Haya-Visby), disponiéndose la notificación por escrito de dicha denuncia al Gobierno del Reino de Bélgica.

3.67 Tal como lo dispone el Inc. 1 del Art. 56° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, **“un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos: a) que conste que**

⁽³⁸⁾ Art. 11°, Num. 11.2 del Decreto Legislativo N.º 1492.

⁽³⁹⁾ Art. 13°, Num. 13.1 del Decreto Legislativo N.º 1492.

fue intención de las Partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado". [Resaltado nuestro]

3.68 En el caso específico del Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Reglas de La Haya-Visby), el Art. 15° faculta a los Estados para denunciarlo, para lo cual debe notificar la denuncia al Gobierno Belga. Dicha denuncia solo producirá efecto para el **"Estado que la haya notificado y un [1] año después de haber llegado la notificación a poder del gobierno belga"**.

3.69 Por esta razón, considerando que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 27° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ningún Estado parte **"podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"**, no resultará de aplicación ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico nacional que se oponga a lo dispuesto en el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Reglas de La Haya-Visby) hasta que transcurra un (1) año notificada al gobierno del Reino de Bélgica de la denuncia aprobada por Decreto Supremo N.º 012-2020-RE.

§. Interferencia en la economía social de mercado.

3.70 Entre las disposiciones de la Constitución Política del Estado, se encuentran las características básicas del Estado social y democrático de derecho, como se concluye de un análisis conjunto de los Arts. 3° y 43° de nuestra Carta Magna, cuando disponen lo siguiente:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

"Art. 3°. - La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o 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”.

“Art. 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”.

- 3.71** Asimismo, el Estado peruano se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la Ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado.
- 3.72** En tal contexto, el Estado Social y Democrático de Derecho no obvia principios y derechos básico del Estado de Derecho, tales como: la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la Ley. Antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formas no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real ⁽⁴⁰⁾, lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estatal y sustenten sus funciones.
- 3.73** Siendo la dignidad humana el presupuesto de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento es una condición para el ejercicio de la libertad, entendida como aquella condición humana según la cual ninguna

⁽⁴⁰⁾ GARCÍA PELAYO, Manuel (1980) *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Editorial Alianza. p. 26.

persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás ⁽⁴¹⁾.

- 3.74** La seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, a su vez, son condiciones necesarias para el funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho, y se configuran en un marco de condiciones vitales mínimas y de posición estatal vigilante a través de órganos autónomos y transparentes que promuevan el desarrollo del país en un marco de libre competencia e, igualmente, velen por el respeto de la dignidad de las personas.
- 3.75** En este marco, el Art. 58° de la Constitución Política del Estado establece lo siguiente:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

“Art. 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”.

- 3.76** Se debe entender, a este respecto, que el referido Art. 58° de la Constitución Política del Estado preceptúa que las libertades anteriormente señaladas se ejercen en una economía social de mercado. La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado Social y Democrático de Derecho. En esta economía imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. De allí que se afirme que se trate de un orden donde se asegura la competencia y, al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un

⁽⁴¹⁾ HAYEK, Friedrich (1991) *Los fundamentos de la libertad*. Madrid, Editorial Unión. p. 26.

diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles.

- 3.77** Es decir, tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, la economía social de mercado también se opone a la economía del “laissez faire”, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico como un agente más, debiendo reservarse tan solo a un rol regulador y subsidiario.
- 3.78** La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional aparece como una “tercera vía” entre el capitalismo y el socialismo ⁽⁴²⁾. Y es que, debido al carácter “social” del modelo económico establecido en nuestra Carta Magna, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.
- 3.79** A la luz de estas reflexiones, podemos afirmar que dentro del actual parámetro constitucional el Estado realiza una actuación subsidiaria en la economía, conforme al principio de subsidiariedad se constituye en un elemento de vital importancia para el Estado Democrático y Constitucional de Derecho, ubicándose entre la esfera de la descentralización institucional y la autonomía de lo social; en cuanto principio que inspira un proceso de socialización de los poderes públicos.
- 3.80** En efecto, la subsidiariedad en el Derecho Constitucional está condicionada a la forma del Estado y a las relaciones entre gobernantes y gobernados reguladas en el ámbito de la disciplina económica y de la producción de los actos normativos –no ordenados desde una óptica jerárquica sino, más bien, desde una estructura diversificada sobre la base axiológica y valorativa–; y, también, a la organización vertical del Estado, que se distribuye según forma mayores de descentralización administrativa en favor de los ordenamientos de menor alcance territorial.

⁽⁴²⁾ HÄBERLE, Peter. “*Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*”. En: *Pensamiento Constitucional*. Año IV. N.º 4. Lima, 1997. p. 25.

- 3.81** Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el Principio de Subsidiaridad, el Estado emerge como garante final del interés general y no solo de una determinada masa, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde, en primer lugar, la labor de intervenir, no estén en condiciones de hacerlo.
- 3.82** En materia de comercio exterior, la competencia del gobierno nacional **“está directamente relacionada con la misión contractual del Estado de orientar el desarrollo del país, prevista en el artículo 58 de la Constitución”** ⁽⁴³⁾. En ese orden de ideas, el Art. 118°, Inc. 20, de la Constitución Política del Estado faculta al Presidente de la República para “regular las tarifas arancelarias”. La necesaria unidad de la economía nacional y del mercado, así como la competencia del Estado en orientar el desarrollo del país conduce a la idea de que corresponde al gobierno nacional la competencia constitucional en materia de comercio exterior ⁽⁴⁴⁾.
- 3.83** Este rol constitucional del Presidente de la República en la orientación del desarrollo del país debe ser equilibrado con la libertad de la iniciativa privada, en el marco de la economía social de mercado. Además de la regulación de las tarifas arancelarias, una clave sobre los alcances de dicha intervención la proporciona el propio Art. 58° de nuestra Carta Magna, cuando señala que la actuación del Estado peruano se realiza principalmente en las materias de: promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura; sin que dicha enumeración sea excluyente con respecto a dichas materias.
- 3.84** En este contexto, resulta comprensible que, en situaciones excepcionales, como las generadas por la pandemia de la COVID-19, los Estados tengan mayores regulaciones en cuanto a las actividades económicas; de conformidad con lo dispuesto por el Art. XII del Título Preliminar de la Ley N.º 26842, Ley General de Salud, que establece que: **“el ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria así**

⁽⁴³⁾ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César (2019); *Derecho Constitucional Económico*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú p. 74.

⁽⁴⁴⁾ Ibid.

como el ejercicio del derecho de reunión están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública”.

- 3.85** No obstante, dichas regulaciones deben dictarse en armonía con la economía social de mercado, en un estricto respeto de la iniciativa privada, conforme lo garantiza el Art. 58° de la Constitución Política del Estado.
- 3.86** Sin perjuicio de lo expresado, resulta de especial trascendencia que ninguna de las medidas dictadas por el gobierno en el ámbito del estado de emergencia sanitaria, la declaratoria de estado de emergencia nacional y el aislamiento social obligatorio (cuarentena) ha implicado el cierre de las fronteras al comercio internacional de mercancías.
- 3.87** A la luz de estas consideraciones, el Decreto Legislativo N.º 1492 contiene una serie de disposiciones que implican una intervención del Estado en la economía social de mercado que contraviene el Art. 58° de la Constitución Política del Estado y que, como hemos visto en páginas anteriores, tampoco tiene sustento en la Ley N.º 31011 (Ley autoritativa); cuyos principales aspectos pasamos a desarrollar:
- (i) La digitalización de los procesos de comercio exterior y la consecuente excepcionalidad de la exigencia de documentos en físico no puede delimitarse a partir de un concepto indeterminado, como lo es “cadena logística de comercio exterior” ⁽⁴⁵⁾. Además, no se ha verificado si las disposiciones internacionales que rigen el comercio exterior admiten la emisión de documentos digitales o electrónicos.
 - (ii) Del mismo modo, al trasladar a las navieras o sus representantes la obligación de poner a disposición de sus clientes y/o usuarios del servicio sistemas u otros mecanismos electrónicos *“que faciliten el cumplimiento de sus procesos o trámites necesarios para la autorización comercial de la entrega y/o embarque de mercancía, así como para facilitar los trámites de correspondan para el recojo y/o devolución de contenedores, equipos u otros dispositivos utilizados*

⁽⁴⁵⁾ Art. 5°, Num. 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1492.

para el desarrollo del transporte de carga y mercancías”, les impiden requerir la presentación física de copia u original del conocimiento de embarque u otro documento adicional como requisito previo para dicha autorización y/o embarque, limitando la verificación de la representación del dueño de la carga, consignante o consignatario, a través de medio electrónicos ⁽⁴⁶⁾; prescindiéndose, incluso, de la presentación de los documentos emitidos en el exterior obligatoriamente en físico, oficial y original, a efecto de sustentar el envío de mercancías.

- (iii) Sobre el particular, causa especial preocupación la situación del conocimiento de embarque y su endoso en procuración, que pasa a ser electrónico, eliminándose, inclusive, las formalidades propias del endoso de los títulos valores emitidos a la orden para reemplazarlas por una simple acreditación electrónica de representación. Norma que no solo contradice el Art. 1° del Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Reglas de La Haya-Visby), sino también juega en detrimento de la seguridad jurídica como presupuesto del tráfico jurídico de los títulos valores.
- (iv) En la práctica, el Decreto Legislativo N.º 1492 establece alcances comerciales al mandato electrónico que otorga el dueño o consignante o consignatario a su agente de aduana; mandato que implica un endoso en procuración en favor del agente de aduana para que este haga el retiro de la carga. Lo que implicaría que, si el dueño de la carga otorga un mandato electrónico a su agente de aduana y este realiza el procedimiento digitalizado para el retiro de la carga, el transportista podrá entregar la carga al agente de aduanas, liberándolo de responsabilidad por hechos posteriores a dicha entrega.
- (v) Esta digitalización de los procesos de comercio exterior, incluyendo la representación del dueño de la carga, consignante o consignatario, requiere de la puesta a disposición por parte del Ministerio de

⁽⁴⁶⁾ Art. 7°, Num. 7.2 del Decreto Legislativo N.º 1492.

Comercio Exterior y Turismo de un mecanismo electrónico de validación ⁽⁴⁷⁾; el cual demandará, muy probablemente, un tiempo mayor al previsto para la duración de la emergencia sanitaria declarada por el Decreto Supremo N.º 008-2020-SA que, como hemos visto, se extenderá hasta el 9 de junio de 2020.

- (vi) La regulación del contrato de transporte marítimo, con disposiciones contrarias a las establecidas en el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Reglas de La Haya-Visby), especialmente en lo relacionado con la formalidad del conocimiento de embarque ⁽⁴⁸⁾, el lugar de entrega de la mercadería ⁽⁴⁹⁾ y el endoso en procuración del conocimiento de embarque ⁽⁵⁰⁾.

3.88 Llegados a este punto, conviene que el transporte marítimo de mercancías se encuentra sujeto a disposiciones precisas que regulan las materias anteriormente analizadas regulados en instrumentos y usos internacionales, entre los cuales, cabe destacar las siguientes:

- (i) La **Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías**, suscrita en Viena (Austria) en 11 de abril de 1980, ratificado por el Perú el 25 de marzo de 1999 y en vigor a partir del 1 de abril de 2000.
- (ii) Las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios (UCP 600), en cuanto sean aplicables a las transacciones de comercio exterior, en cuanto haya créditos documentarios involucrados.

3.89 En este contexto, resulta especialmente preocupante que se haya tipificado como infracciones administrativas el no implementar mecanismos electrónicos para los procesos de transporte internacional marítimo de mercancías y el exigir en físico el conocimiento de embarque, en copia o en

⁽⁴⁷⁾ Art. 7º, Num. 7.5 del Decreto Legislativo N.º 1492.

⁽⁴⁸⁾ Art. 11º del Decreto Legislativo N.º 1492.

⁽⁴⁹⁾ Art. 13º del Decreto Legislativo N.º 1492.

⁽⁵⁰⁾ Art. 9º del Decreto Legislativo N.º 1492.

original, como mecanismo represivo frente a un marco normativo inconsistente como el contenido en el Decreto Legislativo N.º 1492.

- 3.90** Como es posible apreciar, la intervención estatal que se expresa en el Decreto Legislativo N.º 1492 con respecto al transporte marítimo de mercancías carece de sustento constitucional, no tiene justificación en la emergencia sanitaria debida a la COVID-19 y contradice abiertamente tratados internacionales, términos de comercio internacional y usos y costumbres internacionales que estaban en vigor al momento de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

§. **La libertad contractual.**

- 3.91** La libertad contractual es un derecho fundamental reconocido expresamente en el Art. 2º, Inc. 14, y en el Art. 62º de la Constitución Política del Estado, de donde pueden identificarse dos grandes normas de derecho fundamental: toda persona tiene la libertad de pactar con quien considere y, además, puede determinar el contenido de dicho pacto entre particulares.

- 3.92** Así, pues, el Principio de Libertad de Contratación, en sentido amplio, permite que los particulares decidan con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractual ⁽⁵¹⁾ e, incluso, cómo serán solucionadas o resueltas las diferencias que pudieran llegar a surgir entre las partes contratantes ⁽⁵²⁾. Esas posibilidades de elegir cómo solucionar o resolver ⁽⁵³⁾ esas diferencias, definir el contenido del contrato y/o con quién contratar, no es sino una manifestación de dicho principio ⁽⁵⁴⁾, que se haya delimitada entre otras cosas, en función a que no se contravengan normas imperativas, o mucho menos que su actuar limite arbitrariamente o desconozca otros derechos fundamentales. Estos son los únicos supuestos por los cuales se pueden imponer ciertos límites a dicho

⁽⁵¹⁾ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges (1930); *Traité pratique de droit civil français*. Tomo VI. Oncena Edición. París, Librairie générale de droit et de jurisprudence. p. 19.

⁽⁵²⁾ CREMADES SANZ-PASTOR, Bernardo (1984) *Arbitraje comercial internacional*. Madrid, Banco Exterior de España. p. 26.

⁽⁵³⁾ MARKS, Tony “*Rethinking Public Policy and Alternative Dispute Resolution: Negotiability, Mediability and Arbitrability*”. En: *Arbitration*. Volumen 78. Año 2012. p. 19

⁽⁵⁴⁾ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1971) *Comentarios a Ley de Orden Público*. Madrid, Abella. p. 33.

derecho fundamental frente al ejercicio o promoción de otro derecho fundamental.

3.93 Recapitulando lo expuesto, podemos señalar que la autonomía privada es la base de la libertad de contratar y, también, **“un principio general del derecho, porque es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro derecho privado”** ⁽⁵⁵⁾.

3.94 Partiendo del precitado Art. 62° de la Constitución Política del Estado, según el cual, **“la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato”**; se deducen como componentes del contenido esencial de la libertad de contratar las manifestaciones que se precisan a renglón seguido:

- (i) El derecho a decidir la celebración o no de un contrato.
- (ii) El derecho a elegir con quién contratar.
- (iii) El derecho de regular el contenido de los contratos, o sea los derechos y obligaciones de las partes, que en rigor constituye la libertad contractual ⁽⁵⁶⁾.

3.95 Vista aquella definición, es claramente pasible afirmar que, si el Estado obliga a una empresa a asumir determinadas obligaciones (sea cual sean), a pesar de que existe un marco normativo internacional que permite negociar libremente los términos de un contrato de transporte marítimo internacional así como a la propia voluntad de las partes y de aceptar libremente los términos contractuales que ofrezca una a la otra, no hará sino interferir directamente en el contenido esencial del derecho fundamental, máxime si no se evidencia algún tipo de uso de posición de dominio o situaciones arbitrarias en perjuicio del contratante del servicio, que exijan la necesaria intervención del Estado en dicha actividad económica.

3.96 Esto es, justamente, lo que se observa en las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 1492 que señalaremos a continuación:

⁽⁵⁵⁾ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Ob. Cit. p. 43.

⁽⁵⁶⁾ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Ob. Cit. p. 43.

- (i) El condicionamiento de la eficacia de las cláusulas del contrato de transporte internacional marítimo de mercancías al cumplimiento de la normativa nacional ⁽⁵⁷⁾; que, como hemos visto, presenta serias deficiencias y contradice normas internacionales, términos internacionales de comercio internacional y usos y costumbres del comercio internacional. Además, restringe la libertad de contratar en su aspecto de regulación de los contratos.
- (ii) La regulación del contrato de transporte internacional marítimo de mercancías, en forma distinta al marco normativo antes señalado, especialmente en lo relativo a su sustento que pasó de un conocimiento de embarque a un documento electrónico de transporte ⁽⁵⁸⁾. Es de resaltar que no se han tomado en cuenta ni las obligaciones ni las exenciones de responsabilidad contempladas en el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Reglas de La Haya-Visby).
- (iii) El otorgamiento de un privilegio al usuario para designar el lugar de entrega de la mercancía, según lo señale en el usuario en la declaración aduanera de mercancías y/o el manifiesto de carga, previo al arribo del medio de transporte al terminal correspondiente ⁽⁵⁹⁾; desconociendo la autonomía de la voluntad de ambas partes para designarlo, con el evidente riesgo de producir mayores gastos en el transportista de los que razonablemente pudo prever al momento de la suscripción del contrato.

3.97 Por lo expuesto, consideramos que las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 1492 anteriormente señaladas están viciadas de inconstitucionalidad, puesto que son contrarias a la libertad de contratación, consagrada por el Art. 62º de nuestra Carta Magna.

§. Aplicación del Principio de Proporcionalidad para determinar la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1492. -

⁽⁵⁷⁾ Art. 11º, Inc. 11.1, del Decreto Legislativo N.º 1492.

⁽⁵⁸⁾ Art. 11º, Inc. 11.2, del Decreto Legislativo N.º 1492.

⁽⁵⁹⁾ Art. 13º, Inc. 13.1, del Decreto Legislativo N.º 1492.

- 3.98** El TC, en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución, ha definido el Principio de Proporcionalidad como un principio general del Derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del Derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del Art. 200° de la Constitución Política del Estado. En su condición de principio, su ámbito de protección no se limita al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha norma constitucional, sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no ⁽⁶⁰⁾. Así, el TC encuentra que el fundamento de este principio proviene de la consideración de que se trata de un principio que “se deriva de la cláusula del Estado de Derecho” que, a decir del TC, trae de consuno concretas exigencias de justicia material que se proyectan a la actuación no solo del legislador ejemplificado en el Congreso de la República –o, como sucede en el presente caso, en el Presidente de la República en ejercicio de la facultad legislativa delegada –, sino de todos los poderes públicos ⁽⁶¹⁾.
- 3.99** Este principio está íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad, y que no sean arbitrarias ⁽⁶²⁾; constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, especialmente cuando afectan el ejercicio de los derechos fundamentales ⁽⁶³⁾.
- 3.100** En ese orden de ideas, se puede apreciar que el TC ha hecho suyo, al igual que muchos otros ordenamientos jurídicos, la técnica alemana de la ponderación o test de proporcionalidad de los derechos fundamentales y, en consecuencia, se puede afirmar que ha adoptado la tesis que propugna la existencia de conflictos entre los derechos fundamentales, siendo

⁽⁶⁰⁾ Sentencia del TC recaída en el Expediente N.º 0010-2002-AI/TC, Fundamento Jurídico 195.

⁽⁶¹⁾ Sentencia del TC recaída en el Expediente N.º 0010-2002-AI/TC, Fundamento Jurídico 197-199.

⁽⁶²⁾ Sentencia del TC recaída en el Expediente N.º 01803-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico Onceno.

⁽⁶³⁾ Sentencia del TC recaída en el Expediente N.º 0050-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico 109.

necesario aplicar el test de proporcionalidad, con la finalidad de determinar qué derecho predomina en cada caso concreto, siendo así especialmente relevante su aplicación al momento de demostrar la inconstitucionalidad de algún tipo de disposición legislativa. Para este caso, resultará particularmente útil para el análisis de la constitucionalidad o no del Decreto Legislativo N.º 1492, razonamiento y demostración el cual, puede ser utilizado como tal mediante un Proceso de Inconstitucionalidad.

- 3.101** Conviene recordar que, en reiterada jurisprudencia, el TC ha reconocido como regla general que los derechos constitucionales no tienen la calidad de absolutos, de manera que el legislador es competente para regularlos y también para establecer ciertas restricciones o limitaciones a su ejercicio, pero siempre que estas últimas sean razonables, proporcionadas y no desvirtúen su contenido esencial ⁽⁶⁴⁾.
- 3.102** El test de proporcionalidad exige que las medidas y mecanismos que se utilicen para alcanzar el objetivo sean proporcionados y razonados. Así, con la finalidad de establecer, con certeza, la constitucionalidad o no del Decreto Legislativo N.º 1492, aplicaremos a continuación el test de proporcionalidad, que constituye una guía metodológica ⁽⁶⁵⁾ que nos permitirá demostrar si nos encontramos frente a una limitación de derechos fundamentales que resulta válida y compatible con la Constitución.
- 3.103** En su aplicación, el citado “principio justiciable” ⁽⁶⁶⁾ puede aparecer estructurado de la siguiente manera: **(a)** Razonabilidad / Proporcionalidad; **(b)** Idoneidad del medio o medida; **(c)** Necesidad; y **(d)** Proporcionalidad o ponderación en sentido estricto.
- 3.104** Con relación a la **Razonabilidad / Proporcionalidad**, dentro de la esfera de la protección de fines constitucionalmente relevantes, la intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales solamente se justifica en virtud del principio de razonabilidad que exige que una medida restrictiva conlleve la necesidad de preservar o proteger una finalidad

⁽⁶⁴⁾ Sentencia del TC recaída en el Expediente N.º 0050-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico 38.

⁽⁶⁵⁾ Sentencia del TC recaída en el Expediente N.º 048-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico 65.

⁽⁶⁶⁾ BARNÉS, Javier. “El principio de proporcionalidad”. En: Cuadernos de Derecho Público. N.º 5. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. Septiembre – Diciembre. 1998. p. 10.

constitucionalmente protegida. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional ⁽⁶⁷⁾.

3.105 Precisamente, *“uno de los presupuestos del principio de proporcionalidad es la existencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho constitucional. Por esta razón lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad”* ⁽⁶⁸⁾.

3.106 Se debe aclarar, en forma previa al análisis del principio de proporcionalidad, que el referido principio no atribuye por sí mismo posiciones jurídicas al titular del derecho fundamental, sino que presupone que estas existen previamente. En otras palabras, no podría sostenerse que el principio de proporcionalidad otorgue a los individuos el derecho a no ser tratados arbitrariamente, o a ser tratados de manera moderada, pues ello es solo una consecuencia de la protección dispensada al contenido de los propios derechos fundamentales. Se trata solamente de un principio metodológico que acompaña su aplicación, de manera que su desconocimiento implicará siempre una afectación al contenido del principio constitucional de que se trate. Asimismo, este principio no incorpora ninguna valoración respecto de la finalidad perseguida con la medida interventora que se evalúa, la cual constituye un dato externo. Este juicio, en el cual se determina si el fin perseguido es legítimo o no desde el punto de vista constitucional, y se constituye como un presupuesto teórico que, como hemos sostenido anteriormente, se identifica en nuestro ordenamiento con el contenido del principio de razonabilidad ⁽⁶⁹⁾.

3.107 Continuando con el análisis de la intervención realizada por parte del Decreto Legislativo N.º 1492, cabe tener en cuenta que, conforme a lo desarrollado en los párrafos precedentes, la materia específica que sustentó

⁽⁶⁷⁾ Sentencias del TC recaídas en los Expedientes N.ºs 02235-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico Sexto; y 02235-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico Vigésimo Séptimo.

⁽⁶⁸⁾ Sentencias del TC recaídas en los Expedientes N.ºs 02235-2004-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 6, 29 y 30; y 0045-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico Vigésimo Séptimo.

⁽⁶⁹⁾ BARNÉS, Javier. Ob. Cit. p. 10.

su promulgación radica en el establecimiento de disposiciones que permitan la **“reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior, a consecuencia de la emergencia sanitaria producida por la COVID-19”**; según fue objeto de delegación de facultades legislativas en el Art. 2°, Inc. 8, de la Ley N.º 31011.

- 3.108** Al respecto, resulta necesario resaltar que, más allá de algunas menciones a la necesidad de **“evitar el desplazamiento físico para evitar su exposición al contagio del COVID-19”**, el Decreto Legislativo N.º 1492 no tiene como finalidad específica la preservación del derecho fundamental a la salud, sino la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior, finalidades que, aunque válidas, no tienen basamento constitucional, sino legal.
- 3.109** Por otra parte, cabe resaltar que, aun aceptando la validez de esta finalidad normativa, no tiene correlato en la realidad fáctica ni jurídica configurada a partir de la declaratoria de Estado de Emergencia y el aislamiento social obligatorio (cuarentena), puesto que, de conformidad con lo dispuesto por el Num. 8.3 del Art. 8° del precitado Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, **el transporte de carga y mercancías no ha sido comprendido dentro del cierre temporal de fronteras.**
- 3.110** Como contrapartida, tal como fue expuesto en los párrafos pertinentes, con la expedición del Decreto Legislativo N.º 1492, se vulneró el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Reglas de La Haya-Visby) –que todavía se encuentra vigente–, se intervino indebidamente en la economía nacional y se afectó el derecho fundamental y convencional de la libertad contractual; sin ninguna justificación constitucional.
- 3.111** Máxime si lo único que se evidencia es una interferencia en el negocio contractual relacionado con el transporte internacional de mercancías para determinar las obligaciones, lugar de entrega, pago y la naturaleza, formalidad y endoso del conocimiento de embarque como título valor; pese a que dichas materias se encuentran regulados por tratados internacionales en un marco de respecto a la libertad contractual de las partes.

- 3.112** Por consiguiente, no existiendo ningún objetivo o finalidad constitucional que persiga el Decreto Legislativo N° 1492, resulta innecesario el posterior análisis del principio de proporcionalidad. Empero, con fines meramente ilustrativos, se pasará a realizar el análisis del principio de proporcionalidad y determinar si, efectivamente, tal intervención en el derecho fundamental a la libertad contractual se encuentra justificada o no.
- 3.113** Asumida como hipótesis de trabajo la existencia de un fin constitucional, solo con fines ilustrativos, se deja así sentada la distinción conceptual entre razonabilidad y proporcionalidad, por ende, se continúa con el análisis del principio de proporcionalidad mediante los siguientes tres (3) pasos progresivos, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación ⁽⁷⁰⁾.
- 3.114** Este principio, ha de emplearse, conforme lo señala el TC ⁽⁷¹⁾, a través de sus subprincipios de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar son los siguientes:
- (i) Determinación del tratamiento legislativo diferente.
 - (ii) Determinación de la “intensidad” de la intervención en el derecho constitucional o del bloque constitucional.
 - (iii) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
 - (iv) Examen de idoneidad.
 - (v) Examen de necesidad.
 - (vi) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.
- 3.115** En lo que atañe a la **Intervención en el Derecho Fundamental**, consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos y mandatos principios de optimización orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquel se sirve para la obtención de un fin. Por tanto, el hecho que por mandato legal se establezcan, bajo sanción de ineficacia, una serie de normas relacionadas con el contrato de transporte internacional de mercancías y la naturaleza, formalidad y endoso

⁽⁷⁰⁾ Sentencia del TC recaída en el Expediente N.º 2235-2004-AA/TC, Fundamentos Jurídicos 29 y 30.

⁽⁷¹⁾ Sentencia del TC recaída en el Expediente N.º 045-2004-PI/TC, Fundamentos Jurídicos 33 y 41.

del conocimiento de embarque como título valor, evidencia una intervención en el derecho fundamental a la libertad contractual.

3.116 En cuanto a la **Intensidad de la Intervención**, la intervención en los derechos constitucionales o en los contenidos en el bloque constitucional puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres (3) niveles ⁽⁷²⁾:

- (i) Intensidad grave.
- (ii) Intensidad media.
- (iii) Intensidad leve.

3.117 Una intervención es de **intensidad media** cuando la intervención o limitación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución Política del Estado y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

3.118 Una intervención es de **intensidad leve**, cuando la intervención o limitación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

3.119 Una intervención es de **intensidad grave**, tal y como es aplicable en el presente caso, cuando la intervención o limitación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental. En el presente caso, al ser una norma que dispone y ordena a determinados agentes económicos que asuma, bajo sanción de ineficacia, obligaciones contractuales y prescinda de formalidades establecidas en tratados internacionales y normas de comercio generalmente aceptadas, implica necesariamente la limitación y/o afectación del derecho fundamental a la libertad contractual, en cuanto finalmente las partes contractuales no serán las que determinen de común acuerdo, el contenido del citado negocio jurídico, sino será devenido del ius imperium del Estado.

⁽⁷²⁾ ALEXY, Robert (2004); *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Colegio de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. p. 60.

- 3.120** La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en el citado derecho (de intensidad grave) radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en los mencionados principios y derechos constituye una variable que se ha de comparar con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional.
- 3.121** La finalidad del tratamiento diferente comprende dos (2) aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar mediante el tratamiento diferenciado. La finalidad o fin viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.
- 3.122** En el presente caso, conforme lo dispuesto en el Art. 2° del Decreto Legislativo N.º 1492, dicho cuerpo normativo tiene como finalidades: **(a)** Promover y asegurar la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones logísticas del comercio exterior, vinculados al ingreso y salida de mercancías y medios de transporte de carga desde o hacia el país; **(b)** Procurar la digitalización de los documentos y procesos de las entidades públicas y privadas; y **(c)** Garantizar la transparencia en los costos de los servicios de la cadena logística de comercio exterior.
- 3.123 Examen de idoneidad.** - Este subprincipio ha sido conceptualizado por el TC como una relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Es decir, que el análisis de idoneidad supone *“de un lado, que el objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada*

tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante” (73).

- 3.124** De dicha conceptualización, se puede afirmar que la idoneidad y adecuación debe ser medida con relación a los derechos o principios que, efectivamente, se encuentran comprometidos, al margen de que de los objetivos aparentes o hipotéticos expuestos por quien interviene en el ámbito de un derecho fundamental, resulten o se mencionen como afines a los derechos no comprometidos realmente.
- 3.125** Así pues, la idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el propuesto por el legislador. Es un examen de una relación medio-fin (74). Tratándose del análisis de una intervención constitucional, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un final constitucional. En caso de que la intervención en los principios y derechos fundamentales no se idóneo, será inconstitucional.
- 3.126** En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: **(a)** El de la relación entre la intervención en las citadas libertades y el derecho a la igualdad-medio y el objetivo; y **(b)** El de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención.
- 3.127** Para superar este principio, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea, vale decir, capaz de fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo.
- 3.128** Con relación a ello, se presupone que por el solo hecho de modificar la definición del contrato de transporte marítimo de mercancías, con especificación del lugar de entrega, y la redefinición de la naturaleza, formalidades y endoso del conocimiento de embarque, bajo sanción de ineficacia, se va a promover y asegurar la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones logísticas de comercio exterior y garantizar la

(73) Sentencia del TC recaída en el Expediente N.º 003-2005-PI/TC, Fundamento Jurídico 69.

(74) CLÉRICO, Laura (2000); *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft. p. 28. Sentencia del TC recaída en el Expediente N.º 045-2004-PI/TC.

transparencia en los costos de los servicios de la cadena logística de comercio exterior, entre otras finalidades. Por el contrario, la imposición de estas medidas puede desincentivar el desarrollo de las actividades de transporte marítimo de mercancías y, con ello, generar un impacto negativo en la continuidad y eficiencia del comercio exterior; máxime si la modificación de las formalidades y endoso del conocimiento de embarque como título valor puede generar desconfianza en los agentes económicos e impedir su normal circulación en el tráfico jurídico.

- 3.129** Por consiguiente, se puede establecer que las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N.º 1492 no son idóneas para lograr todas las finalidades que supuestamente persigue la norma, con excepción de la digitalización de los documentos y procesos sobre la cual se desarrollan ciertas normas, con la atingencia de la problemática existente en torno a la exclusividad de la aceptación de formatos digitales que no se encuentra condicionada en modo alguno a la pandemia de la COVID-19, tal como fue desarrollado en los párrafos pertinentes del presente Informe. **Y ello, a costa de intervenir con la máxima intensidad en la libertad de contratar, garantizada por nuestra Carta Magna.**
- 3.130 Examen de necesidad.** - El TC define este subprincipio como el análisis sobre la existencia de medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravoso o, al menos, que lo sean en menor medida respecto del medio utilizado. Por lo tanto, se trata del “análisis de una relación medio-medio”, esto es, de una comparación entre el medio optado por el legislador y los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar un mismo fin. Por eso, los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos ⁽⁷⁵⁾.
- 3.131** Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que, si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se comparan dos medios idóneos. El optado por el legislador –la intervención, limitación de derecho constitucional– y los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente,

⁽⁷⁵⁾ Sentencia del TC recaída en el Expediente N.º 0045-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico 39.

debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar.

- 3.132** Para examinar el cumplimiento del principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: **(a)** La detección de medios hipotéticos alternativos idóneos y; **(b)** La determinación de: **(b.1)** si tales medios –idóneos– no intervienen en la prohibición de intervención de la libertad de contratación, o **(b.2)** si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor Intensidad. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al objetivo del trato diferenciado, no con respecto a su finalidad. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado.
- 3.133** De tal suerte, si del análisis resulta que: **(a)** Existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que: **(b.1)** no interviene en la prohibición de restricción o que **(b.2)** interviniéndolo, es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la norma legal habrá infringido el derecho constitucional a la libertad contractual.
- 3.134** Para superar este paso, la injerencia en las disposiciones constitucionales debe ser necesaria, es decir, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.
- 3.135** Si tenemos en cuenta que entre las finalidades definidas en el Art. 2° del Decreto Legislativo N.º 1492, se encuentran las de: promover y asegurar la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones logísticas del comercio exterior, vinculadas al ingreso y salida de mercancías y medios de transporte de carga desde o hacia el país, existen múltiples medidas que pudieron haber sido adoptadas para lograr dicho objetivo, sobre todo en el contexto de la pandemia originada por la COVID-19, por ejemplo, destinadas a garantizar el funcionamiento permanente de los puertos, la simplificación de los trámites aduaneros, el aseguramiento de la continuidad de las operaciones de comercio internacional y el otorgamiento de estímulos a su realización a través de actividades administrativas de fomento, entre otras.

- 3.136** En realidad, las medidas adoptadas no parecen obedecer a otra finalidad que la de modificar el régimen jurídico de los servicios de transporte de carga y mercancías vinculados a la cadena logística de comercio exterior; ya que no tienen una conexión necesaria con la excepcionalidad de la emergencia sanitaria producida por la COVID-19 ni con la mitigación del impacto que la Declaración de Estado de Emergencia y el mandato de aislamiento social obligatorio (cuarentena) pueda tener sobre dichas actividades. En vez de eso, se prefirió intervenir el derecho constitucional a la libertad contractual y desnaturalizar el carácter y la naturaleza de título valor del conocimiento de embarque.
- 3.137** Por su parte, la garantía de la transparencia en los costos de los servicios de la cadena logística de comercio exterior parece todavía más difícil de comprender a la luz del estado de emergencia sanitaria producida por la COVID-19, si se tiene en cuenta que, como hemos señalado reiteradas veces a lo largo del presente Informe, en ningún momento se ha decretado el cierre temporal de fronteras para el transporte de carga y mercancías, ni se han interrumpido dichas actividades. Siendo que, a la fecha de entrada en vigor del Decreto Legislativo N.º 1492, ya existían normas legales con rango de Ley específicamente destinadas a garantizar la transparencia de las operaciones de la cadena logística de comercio exterior, como es el caso de los Arts. 10º, 11º, 12º y Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 28977, Ley de Facilitación del Comercio Exterior y el Art. 19º de la Ley N.º 30264, Ley que establece Medidas para Promover el Crecimiento Económico, anteriormente señaladas. Y, máxime, si todavía se encontraba pendiente la reglamentación del módulo de información a cargo del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
- 3.138** A partir de lo expuesto, se puede establecer que las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N.º 1492 no son necesarias para lograr todas las finalidades que supuestamente persigue la norma, puesto que existen mecanismos hipotéticos tan o más efectivos y que no vulneran, sino más bien expresan, la libertad contractual reconocida en la Constitución Política del Estado. Con excepción, como en el caso del examen de idoneidad, de la finalidad relativa a la digitalización de los documentos y procesos de las entidades públicas y privadas, toda vez que las normas

previstas en el referido Decreto Legislativo son, precisamente, las necesarias para lograrla.

- 3.139 Principio de Proporcionalidad en Sentido Estricto.** - Nuestro TC, siguiendo la doctrina alemana de Alexy, ha establecido que ***“la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización”*** ⁽⁷⁶⁾.
- 3.140** Efectivamente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual, ***“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”***.
- 3.141** Conforme a lo explicado anteriormente, la ponderación supone evaluar las posibilidades jurídicas de realización de un derecho que se encuentra en conflicto con otro. En ese sentido, recordemos que, si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces, las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto,
- 3.142** En el presente caso y conforme al desarrollo constitucional antes expuesto, se evidencia que el grado de realización de los fines no constitucionales de: **(a)** Promover y asegurar la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones logísticas del comercio exterior, vinculados al ingreso y salida de mercancías y medios de transporte de carga desde o hacia el país; **(b)** Procurar la digitalización de los documentos y procesos de las entidades públicas y privadas; y **(c)** Garantizar la transparencia en los costos de los servicios de la cadena logística de comercio exterior; frente a la intensidad de la intervención en la libertad contractual constitucional evidencian un completo desequilibrio proporcional en cuanto a los grados de optimización y afectaciones de principios constitucionales.

⁽⁷⁶⁾ Sentencia del TC recaída en el Expediente N.º 045-2004-PI/TC, Fundamento 40.

3.143 Ello, debido a que el grado de afectación del citado derecho fundamental es uno de tipo “grave”. Sin embargo, conforme al análisis desplegado en párrafos anteriores, no se puede evidenciar que el grado de satisfacción de la medida a implementar, implique o genere certeza que el grado de satisfacción de dicho fin no constitucional sea uno alto, muy por el contrario, uno bajo, e incluso, incierto de alcanzar. Mientras, por el otro lado, el grado de afectación de los citados derechos fundamentales es uno muy alto en su no satisfacción, evidenciado por consiguiente que no existe, o mucho se evidencie, un grado de proporcionalidad o de ponderación entre ellos.

3.144 Por tales consideraciones, podemos afirmar, con toda certeza, que el análisis constitucional del Decreto Legislativo N.º 1492 no supera el subprincipio de ponderación; deviniendo en inconstitucional.

§. **Control Jurisdiccional de Constitucionalidad. -**

3.145 Habiendo determinado la existencia de vicios de forma y fondo de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1492, corresponde revisar brevemente los mecanismos de control jurisdiccional de constitucionalidad que el Derecho Procesal Constitucional peruano prevé para su control constitucional y del que podría ser pasible en salvaguarda de los derechos constitucionales vulnerados por su entrada en vigor, a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano ⁽⁷⁷⁾.

3.146 En cuanto el **Control Difuso de Constitucionalidad de las leyes o *Judicial Review***, es el segundo párrafo del Art. 138º de la Constitución Política del Estado el que establece que: ***“en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”***.

3.147 Esta previsión constitucional, en lo que atañe a la jurisdicción ordinaria, está desarrollado procesalmente en el Art. 14º del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo N.º 767, Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, establece que: ***“cuando los***

⁽⁷⁷⁾ El Decreto Legislativo N.º 1492 fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 de mayo de 2020.

magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera”.

- 3.148** En lo correspondiente a la jurisdicción constitucional, el Art. VI del Código Procesal Constitucional prevé que: **“cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”**. Sobre el particular, precisa que: **“los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular”**.
- 3.149** Por su parte, del Art. 3° del Código Procesal Constitucional se desprende su procedencia también en el proceso constitucional (sea de amparo, habeas corpus, hábeas data o de cumplimiento) cuando en la demanda se invoque **“la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución”**; entendiéndose por norma autoaplicativa, **“aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia resulta inmediata e incondicionada”**.
- 3.150** En el caso específico materia del presente Informe, dada la evidente vulneración del derecho constitucional de libertad de contratación, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 37°, Inc. 4, del Código Procesal Constitucional, correspondería la interposición de una demanda de Acción o Proceso Amparo Constitucional que sería conocida, en primera instancia, por el Juez Constitucional ⁽⁷⁸⁾, el Juez Civil o Mixto de primera instancia de la localidad que corresponda al demandante y, en segunda instancia ⁽⁷⁹⁾, por la Sala Constitucional o Sala Civil de la Corte Superior del respectivo Distrito Judicial. Si la sentencia de vista declara fundada la demanda, sea porque así lo hace, sea porque confirma la de primera instancia, el proceso

⁽⁷⁸⁾ En los Distritos Judiciales donde hubiesen sido implementados, entre ellos el Distrito Judicial de Lima.

⁽⁷⁹⁾ En los demás, conforme a lo dispuesto por el 51° del Código Procesal Constitucional.

concluiría para todo efecto y generaría una cosa juzgada constitucional de inmediata ejecución judicial, sin que sea necesario la intervención del TC.

- 3.151** Empero, si la sentencia de la segunda instancia fuese desfavorable al demandante, sea porque ratifica un desfavorecimiento o revoca un primer fallo favorable, tal como lo dispone el Art. 18° del Código Procesal Constitucional, contra dicha resolución de segundo grado denegatoria de la demanda, **“procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional”** (en la llamada “jurisdicción negativa de la libertad”).
- 3.152** Asimismo, el Art. 15° del Código Procesal Constitucional faculta al órgano jurisdiccional para conceder medidas cautelares y de suspensión de los actos violatorios ⁽⁸⁰⁾, entre otros, en los procesos de amparo.
- 3.153** El efecto de la sentencia de fondo que declare fundada la demanda dispone la protección frente al acto lesivo objeto del reclamo principal y, además, como reclamo secundario o subordinado, la inaplicabilidad de la citada norma inconstitucional pero solo en la esfera jurídica del demandante ⁽⁸¹⁾, efectos que solo se extenderían al demandante en el Proceso de Amparo sin afectar la vigencia de dicha norma para los demás ni la afectaría o extraería del ordenamiento jurídico, surtiendo plenos efectos generales para los demás.
- 3.154** Como vemos, si bien resulta indudable la validez del control difuso de constitucionalidad, tiene la desventaja que está sujeto al conocimiento y discrecionalidad constitucional del Juez y, por tanto, a la posible disparidad de criterios de las diversas cortes y la duración de un proceso que puede prolongarse excesivamente a través de sus diversas instancias hasta llegar al TC, además de las actuales dificultades prácticas en su tramitación y defensa precisamente por las muy graves consecuencias de la pandemia ocasionada por el COVID-19 y el estado de emergencia decretado por el Gobierno, que ha puesto los servicios judiciales en rangos menores a los mínimos históricamente conocidos, ya que en la práctica no hay servicio de justicia en actividad, y no se sabe a ciencia cierta cuándo se podrá reestablecer con plenitud. Además, no podría interponerse contra la norma

⁽⁸⁰⁾ En los demás, conforme a lo dispuesto por el 51° del Código Procesal Constitucional.

⁽⁸¹⁾ En los demás, conforme a lo dispuesto por el 51° del Código Procesal Constitucional.

misma, sino contra un acto concreto que, en aplicación de dicha norma, vulnere un derecho constitucional determinado.

- 3.155** Además, como ya hemos señalado, la sentencia fundada de amparo contra normas autoaplicativas, como es el caso del Decreto Legislativo N.º 1492, tiene como efecto jurídico-constitucional su inaplicabilidad e inexecuibilidad sólo con respecto al demandante, ya que para el resto del sistema jurídico y de la sociedad sus efectos seguirán siendo obligatorios y *erga omnes*.
- 3.156** Lo que puede dar lugar a la extraña situación que una norma abiertamente inconstitucional deje de regir para una sola persona, es decir, el demandante, pero mantenga su vigencia frente a todos los demás.
- 3.157** En cuanto el **Control Concentrado de la Constitucionalidad**, el Art. 200º de la Constitución Política del Estado también prevé la procedencia de la demanda de Acción o Proceso de Inconstitucionalidad contra las normas que tienen rango de ley, entre las cuales se encuentran los Decretos Legislativos, como acción directa, concentrada, abstracta y derogatoria.
- 3.158** A diferencia del Proceso de Amparo, donde la facultad para interponer una demanda de Amparo Constitucional se extiende a cualesquiera de los afectados por su aplicación, en el caso de la Acción o Proceso de Inconstitucionalidad de las leyes únicamente a los sujetos legitimados señalados taxativamente en el Art. 203º de la Constitución Política del Estado pueden hacerlo válidamente; a saber: **(a)** El Presidente de la República; **(b)** El Fiscal de la Nación; **(c)** El Defensor del Pueblo; **(d)** El veinticinco por ciento del número legal de congresistas; **(e)** Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado; **(f)** Los Presidentes de la Región con acuerdo del Concejo de Coordinación Regional, o los Alcaldes Provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia; y **(g) Los Colegios Profesionales, en materias de su especialidad.**

- 3.159** De conformidad con el Art. 202° de la Constitución Política del Estado, la Demanda de Inconstitucionalidad es conocida en instancia única por el TC y no admite la interposición de medidas cautelares, tal como lo dispone el Art. 105° del Código Procesal Constitucional,
- 3.160** El plazo para la interposición de la Demanda de Inconstitucionalidad contra una norma con rango de Ley es de seis (6) años, contados a partir de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, tal como lo dispone el Art. 100° del Código Procesal Constitucional.
- 3.161** Es efecto directo de la sentencia fundada de inconstitucionalidad emitida por el TC la derogación absoluta de la norma cuestionada y su expulsión del sistema jurídico erga omnes y sin efecto retroactivo, tal como se desprende del Art. 204° cuando establece que: ***“la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal”*** y que se haya detallado en su aplicación por los Arts. 81°, 82° y 83° del Código Proceal Constitucional.
- 3.162** Como podemos ver, si bien es cierto requiere del accionar de cualesquiera de los sujetos legitimados para su interposición, descontando al Presidente de la República por ser el legislador por delegación de facultades, es decir, quien ha dado el decreto legislativo objeto del proceso (más bien, es a quien le tocará su defensa constitucional por medio del Ministerio que corresponda); este es el mecanismo de control constitucional más eficaz con respecto al Decreto Legislativo N.º 1492, es decir, la demanda de Acción o Proceso de Inconstitucionalidad ante el TC. No solo porque, de declararse su inconstitucionalidad, tendría como consecuencia que quede sin efecto erga omnes desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, sino también porque estará sujeto al examen riguroso del propio Supremo Intérprete de la Constitución, siguiendo los criterios jurisprudenciales de interpretación de nuestra Carta Magna en defensa de los derechos fundamentales.

IV. CONCLUSIONES. -

- 4.1. Mediante Ley N.º 31011, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 27 de marzo de 2020, el Congreso de la República delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otras, sobre la materia de: “**continuidad de la cadena logística y sus actividades conexas, los servicios esenciales y los derechos de los consumidores y usuarios, durante la vigencia del estado de emergencia sanitaria por la COVID-19**”.
- 4.2. Mediante Decreto Legislativo N.º 1492, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 de mayo de 2020, que aprobaron disposiciones para la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior, como consecuencia de la emergencia sanitaria producida por la COVID-19.
- 4.3. El Poder Legislativo tiene la facultad de ceder en favor del Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante los denominados decretos legislativos, en atención a criterios de: confianza política a las autoridades del Órgano Ejecutivo; necesidad de rápida elaboración, aprobación, promulgación y vigencia de una ley; y razonabilidad técnica.
- 4.4. Conforme al Art. 104º de la Constitución Política del Estado la Ley autoritativa debe establecer necesariamente los siguientes aspectos: **(a)** Límite Material, es decir, las materias específicas que definen el marco de las facultades legislativas otorgadas; y **(b)** Límite Temporal, que define el plazo dentro del cual el Poder Ejecutivo puede ejercer la delegación que le ha sido concedida.
- 4.5. El Art. 90º del Reglamento del Congreso de la República establece un procedimiento específico de control sobre los Decretos Legislativos que expide el Presidente de la República. Este control, de naturaleza política, puede dar lugar a la responsabilidad política del Consejo de Ministros y la recomendación de la derogación de todo o parte del Decreto Legislativo de que se trate.
- 4.6. Los Decretos Legislativos, en tanto normas con rango de Ley, se sujetan a control jurisdiccional, sea través del control difuso, que corresponde al Poder Judicial, o del control concentrado, a cargo del TC.

- 4.7. El control difuso del Decreto Legislativo N.º 1492, tratándose del derecho constitucional a la libertad de empresa, se materializaría a través de una demanda de Amparo Constitucional que sería conocida en primera y segunda instancia por el Juez que corresponda al quien sea el demandante, en la Corte Superior del Distrito Judicial del que se trate. Si la sentencia de la Corte Superior es estimatoria, el proceso concluiría favorablemente se generaría cosa juzgada constitucional de inmediata ejecución, pero solo favorecería al demandante.
- 4.8. Contra la sentencia desestimatoria de segunda instancia, que finalmente declare infundada o improcedente la demanda, corresponde Recurso de Agravio Constitucional ante el TC. La sentencia que declare fundada la Demanda de Amparo tendría por efecto declarar inaplicable el Decreto Legislativo N.º 1492 con respecto a la persona que interpuso la demanda.
- 4.9. El control concentrado del Decreto Legislativo N.º 1492, se materializaría con la interposición de una demanda de Acción o Proceso de Inconstitucionalidad de las leyes sólo por parte de cualesquiera de los siete sujetos o entidades legitimados señalados taxativamente en nuestra Carta Magna, que sería conocida en instancia única por el TC.
- 4.10. La sentencia que declare fundada la demanda de Acción de Inconstitucionalidad de las leyes tendría por efecto derogar y expulsar para todos al Decreto Legislativo N.º 1492, erga omnes, a partir del día siguiente de publicación de la sentencia estimatoria del TC en el Diario Oficial El Peruano.
- 4.11. Para el análisis de la constitucionalidad de los Decretos Supremos, conforme a la jurisprudencia del TC, se siguen los criterios de: (a) **Control de contenido**, a fin de verificar su compatibilidad con las expresas disposiciones de la ley autoritativa, asumiendo que existe una presunción iuris tantum de constitucionalidad de dichos decretos; (b) **Control de apreciación**, para examinar si los alcances o la intensidad del desarrollo normativo del decreto legislativo no rebasan los parámetros de la dirección política –tributaria– que asume el Congreso de la República en materia legislativa; y (c) **Control de evidencia**, para verificar si los decretos

legislativos no son violatorios de la Constitución por el fondo o por la forma, y si son compatibles o no guardan conformidad con ella.

- 4.12.** En cuanto al **control de contenido:** (a) El Decreto Legislativo N.º 1492 no excedió el límite temporal de la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, prevista en la Ley N.º 31011, puesto que el plazo máximo para ejercerla venció el 11 de mayo de 2020, mientras que el Decreto Legislativo N.º 1492 fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 de mayo de 2020; y (b) El Decreto Legislativo N.º 1492 excedió el límite material de la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República en el rubro de “**continuidad de la cadena logística y sus actividades conexas**”, previsto en el Art. 2º, Inc. 8, de la Ley N.º 31011 (Ley autoritativa), en lo relativo a finalidades regulatorias que carecen de sustento en el impacto producido por la COVID-19, la digitalización de procesos de comercio exterior para las entidades públicas, la digitalización de los procesos y trámites logísticos por parte del sector privado, la acreditación electrónica del endose en procuración del conocimiento de embarque y el otorgamiento de facultades de fiscalización y sancionadora al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
- 4.13.** En cuanto al **control de apreciación:** El Decreto Legislativo N.º 1492 no regula ninguna materia que el Congreso se encuentre impedido de delegar la facultad legislativa al Presidente de la República.
- 4.14.** En cuanto al **control de evidencia:** (a) El Decreto Legislativo N.º 1492 contraviene el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Reglas de La Haya-Visby) en lo referido al contrato de transporte internacional marítimo de mercancías, las obligaciones de los contratantes y el lugar de entrega de la carga; (b) La denuncia del Estado Peruano al Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (Reglas de La Haya-Visby) surtirá efecto un (1) año después de la notificación de la denuncia al Gobierno Belga, resultando ineficaces durante ese lapso las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 1492 que lo contravengan; (c) El Decreto Legislativo N.º 1492 interfiere indebidamente en la economía social de mercado al establecer disposiciones que regulan el contrato de transporte internacional marítimo de mercancías, en lo referido a la

obligación de las navieras o sus representantes de digitalizar sus procesos, incluyendo la forma y contenido del contrato de transporte internacional marítimo de mercancías y la acreditación electrónica de la representación para el endoso en procuración; sin considerar la existencia de tratados internacionales, términos de comercio internacional y usos de costumbres que ya regulan esas materias y son aplicados pacíficamente por los operadores de comercio internacional; y **(d)** El Decreto Legislativo N.º 1492 vulnera la libertad contractual, especialmente en lo referido al condicionamiento de la eficacia de las cláusulas del contrato de transporte internacional marítimo de mercancías al cumplimiento de la normativa nacional, las formalidades del conocimiento de embarque y el otorgamiento de privilegios al usuario para designar el lugar de entrega de la mercancía, prescindiendo de la voluntad de las partes.

- 4.15.** El objetivo o finalidad que persigue el Decreto Legislativo N.º 1492 carece de relevancia constitucional y, por tanto, no puede justificar la intervención del derecho a la libertad de contratación, además de constituir una indebida injerencia del Estado Peruano en la economía social de mercado.
- 4.16.** Por estas consideraciones, somos de la fundada opinión que el Decreto Legislativo N.º 1492 es notoriamente inconstitucional por la forma y por el fondo, por cuanto contraviene la facultad delegada -en la materia así legislada- la norma autoritativa del Congreso de la República, y por cuanto de modo evidente contraviene también el derecho fundamental-convencional de la libertad contractual y, por tanto, habiendo sido promulgado en ejercicio de la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, es pasible de someterse al procedimiento de control parlamentario previsto en el Art. 90º del Reglamento del Congreso, y, también, de ser expulsada del ordenamiento jurídico por el TC, con efecto erga omnes y ex nunc, como resultado de una sentencia estimatoria/derogatoria emanada de una Acción o Proceso de Inconstitucionalidad a ser planteado ante el TC por uno de los legitimados constitucionales y dentro de un plazo de seis (6) años contados a partir de su entrada en vigencia.
- 4.17.** Sobre esto último, consideramos con todo fundamento que es la Acción o Proceso de Inconstitucionalidad de las leyes el que tiene la ventaja ya que,



- ABOGADOS -
Asesoría Legal y Defensa Procesal
SAC

de declararse fundada la demanda, el Decreto Legislativo N.º 1492, sería derogado por el TC y dejaría de tener efecto erga omnes a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y estaría sujeto al examen directo y riguroso del TC como Supremo Intérprete de la Constitución, según los criterios de interpretación constitucional que ha emitido en tutela de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a la libertad de empresa, como uno de los presupuestos necesarios de la economía social de mercado que constituye un pilar trascendente para el desarrollo de nuestro país.

Dejamos así absuelto el Informe Legal-Constitucional que han tenido a bien solicitar, quedando a vuestra disposición para cualquier ampliación y/o aclaración que pudiesen requerir, aprovechando la ocasión para reiterarles las seguridades de nuestra mayor consideración y estima personal.

Muy atentamente,

Aníbal Quiroga León

AQL-SV