

Derecho constitucional económico

BALDO KRESALJA
CÉSAR OCHOA

DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

Colección Lo Esencial del Derecho 8

Comité Editorial

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Montegudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

BALDO KRESALJA / CÉSAR OCHOA

DERECHO CONSTITUCIONAL
ECONÓMICO



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Kresalja R., Baldo, 1941-

Derecho constitucional económico / Baldo Kresalja, César Ochoa.-- 1a ed., 1a reimp.
-- Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019 (Lima : Tarea
Asociación Gráfica Educativa).

161 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 8)

Bibliografía: [155]- 158.

D.L. 2019-10966

ISBN 978-612-317-237-4

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Derecho constitucional - Perú 3. Derecho económico - Perú 4. Derecho y economía - Perú 5. Libre empresa - Perú 6. Perú. [Constitución (1993)] - Interpretación y aplicación I. Ochoa, César, 1959- II. Pontificia Universidad Católica del Perú III. Título VI. Serie

Derecho constitucional económico

Baldo Kresalja y César Ochoa

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 8

© Baldo Kresalja y César Ochoa, 2016

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de
Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Primera edición: marzo de 2017

Primera reimpresión: agosto de 2019

Tiraje: 600 ejemplares

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

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-237-4

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-10966

Registro del Proyecto Editorial: 31501011900830

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

PRESENTACIÓN	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO 1	
EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO	19
1. El derecho público en la economía	19
2. El constitucionalismo social	21
3. La constitución económica peruana	22
4. La constitución económica como «equilibrio de poderes» entre el mercado, el Estado y la sociedad civil	24
5. Preguntas	25
CAPÍTULO 2	
ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993	27
1. Antecedentes constitucionales	27
2. El Estado intervencionista: crisis política y económica	29
3. Triunfo y golpe de Estado por Alberto Fujimori	30
4. El Congreso Constituyente Democrático	33
5. Características principales del Texto de 1993	34
6. Preguntas	36

CAPÍTULO 3	
LOS DERECHOS ECONÓMICOS	37
1. Cuestiones preliminares	37
2. El derecho de propiedad	38
2.1. El derecho de propiedad como derecho exclusivo	38
2.2. El derecho a la herencia	38
2.3. La función social como contenido esencial	39
2.4. La libre disposición de moneda extranjera	40
2.5. La limitación impuesta por la seguridad nacional	40
2.6. La expropiación	40
2.7. Regulaciones con efecto equivalente a la expropiación. La expropiación indirecta	42
3. La libertad de contratar y sus límites constitucionales	43
3.1. Autonomía privada y concepto de contrato	43
3.2. Contenido esencial de la libertad de contratar	43
3.3. Los contratos-ley	43
4. La libertad de trabajo	44
5. Preguntas	45
CAPÍTULO 4	
LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD	47
1. Los intereses difusos	47
2. Los derechos de los consumidores y usuarios	48
2.1. Introducción	48
2.2. La cláusula constitucional de defensa de los consumidores y usuarios	48
2.3. Derechos específicamente reconocidos	50
3. El derecho al medio ambiente	54
4. Preguntas	56
CAPÍTULO 5	
LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	57
1. La unidad del mercado	57
2. La economía social de mercado	58
2.1. Concepto y principales características	58

2.2. Recepción en el Perú	59
2.3. Su incorporación en la Constitución de 1993	60
3. Preguntas	62
CAPÍTULO 6	
LA LIBERTAD DE EMPRESA	63
1. La libertad económica: encuadre jurídico	63
2. La libertad de empresa: naturaleza del derecho	64
3. La libertad de empresa: su contenido esencial	65
4. Límites a su ejercicio	68
5. Preguntas	69
CAPÍTULO 7	
LA LIBERTAD DE COMERCIO	71
1. Generalidades	71
2. El comercio interior	72
3. La libertad de comercio exterior	73
4. Competencia del gobierno nacional en materia de comercio exterior	74
5. La Organización Mundial del Comercio	74
6. Comercio electrónico	75
7. Preguntas	77
CAPÍTULO 8	
LA COMPETENCIA ECONÓMICA	79
1. Introducción	79
2. Competir no es solo un derecho, es una obligación	80
3. La competencia económica	81
3.1. Nociones de concurrencia y competencia	81
3.2. Daño concurrencial	81
3.3. Competencia prohibida y competencia desleal	82
3.4. Competencia imperfecta	82
3.5. Noción de mercado	83
4. Reconocimiento constitucional y legal	84

5. Defensa de la competencia y sanciones frente a sus abusos	85
5.1. La competencia desleal	86
5.2. La publicidad engañosa	87
5.3. Las prácticas colusorias y abuso de posición de dominio (derecho <i>antitrust</i>)	88
6. Preguntas	90

CAPÍTULO 9

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD Y LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA	91
1. La subsidiaridad de la iniciativa pública	91
2. La regulación económica	93
3. La intervención extraordinaria y los decretos de urgencia	96
4. La planificación estratégica	98
5. Preguntas	102

CAPÍTULO 10

SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS Y SOCIALES	103
1. Concepto y notas que tipifican actualmente el servicio público	103
2. Servicios públicos económicos y sociales	105
3. Los derechos a acciones positivas del Estado	107
3.1. Concepto	107
3.2. Los derechos a las acciones positivas del Estado en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional	108
4. El régimen de la radio y televisión	109
5. Preguntas	110

CAPÍTULO 11

DOMINIO PÚBLICO DEL ESTADO, RECURSOS NATURALES Y DIVERSIDAD BIOLÓGICA	111
1. Concepción del dominio público	111
2. El nuevo régimen de los bienes e infraestructuras de uso público	113
3. Los recursos naturales como patrimonio de la nación	114
4. Brevísimas referencias a las principales características del régimen jurídico de los recursos naturales	116

5. La diversidad biológica y los conocimientos tradicionales como recursos estratégicos	118
6. Preguntas	120

CAPÍTULO 12

EL SISTEMA MONETARIO Y BANCARIO	121
1. Introducción	121
2. La formulación de la política monetaria y financiera	122
3. El capítulo V de la Moneda y la Banca	123
3.1. Objetivos	123
3.2. Sistema monetario	123
3.3. BCR y SBS	124
4. Banco Central de Reserva	125
4.1. Órgano de gobierno	125
4.2. Emisión de billetes y moneda	126
4.3. Preservar la estabilidad monetaria	126
4.4. Crédito y reservas	126
4.5. Financiamiento al erario	127
4.6. Fomento y garantía del ahorro	127
5. Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS)	128
6. Moneda extranjera	129
7. Preguntas	130

CAPÍTULO 13

RÉGIMEN TRIBUTARIO Y PRESUPUESTARIO	131
1. Noción de constitución financiera	131
2. Los principios rectores de la potestad tributaria del Estado	131
2.1. El principio de reserva de la ley	132
2.2. El principio de igualdad tributaria	133
2.3. El principio de no confiscatoriedad	134
3. Los principios informadores del régimen presupuestario del Estado	135
3.1. El principio de legalidad presupuestaria	135

3.2. El principio de anualidad	135
3.3. El principio de competencia	136
3.4. El principio de anticipación	137
3.5. El principio de unidad y universalidad presupuestaria	137
3.6. El principio de equilibrio presupuestario	138
3.7. El principio de exclusividad presupuestaria	138
3.8. El principio de justicia financiera	139
3.9. El principio de publicidad y transparencia fiscal	140
4. Preguntas	140
CAPÍTULO 14	
TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ECONÓMICOS	141
1. El rol del Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución	141
2. Los entes reguladores de los servicios públicos y el INDECOPI	142
2.1. Organismos reguladores	142
2.2. El instituto de Defensa de la Competencia: INDECOPI	143
3. La Superintendencia del Mercado de Valores	144
4. La Defensoría del Pueblo	145
5. Las vías judiciales de tutela de los derechos fundamentales económicos	146
6. El procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo	149
7. Preguntas	150
ANEXO	
SENTENCIAS RELEVANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	151
BIBLIOGRAFÍA	155

PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

Lo «Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas ha sido cada vez más frecuente que las constituciones políticas incluyan disposiciones específicas sobre el régimen económico, superando las menciones que tradicionalmente se hacía al derecho de propiedad, a la libertad de industria y comercio, a los monopolios estatales y al régimen de hacienda. Ese incremento se ha debido a una preocupación creciente en los partidos políticos y las instituciones civiles sobre la marcha de la economía, la distribución de la riqueza, la participación del Estado, el rol de las empresas y servicios públicos y, en general, los propósitos asignados al Estado vinculados a la protección de los consumidores y usuarios.

Los debates en los congresos constituyentes sobre la pertinencia de esas medidas y propuestas estuvieron sin duda vinculados a las ideologías prevaletentes y dieron lugar a cambios normativos de considerable importancia. En el caso peruano, existe una clara evolución en los textos constitucionales, pues del liberalismo clásico de las constituciones del siglo XIX se pasó, en las constituciones de 1920 y 1933, a incorporar un conjunto de normas provenientes del llamado constitucionalismo social.

Fue en el Congreso Constituyente que dio lugar a la Carta de 1979 donde se discutieron con mayor énfasis y profundidad diversos aspectos vinculados a la actividad económica. En esa ocasión se enfrentaron dos posiciones definidas: la correspondiente a una influencia socialista muy

acusada frente a otra que propugnaba las ideas predominantes en la social democracia y en la doctrina social de la Iglesia católica. Fue así que en la Constitución de 1979 se consagró un conjunto de ideas que otorgaron al Estado amplias facultades para intervenir en la actividad económica, persiguiendo tardíamente el modelo de un Estado del Bienestar, privilegiando en muchos casos la actuación de empresas y entidades de carácter público. Sin embargo, se incorporó también el concepto de «economía social de mercado», que prontamente tuvo amplia acogida y que dio lugar a variadas interpretaciones que hicieron que no se desbordara la actividad del Estado hasta eliminar la iniciativa privada en la actividad económica.

Fue con esos antecedentes que en la Constitución vigente de 1993 se dio un vuelco para limitar la actividad productiva por parte del Estado y dar protección específica a la libertad de empresa, la competencia económica, la libertad de comercio, el sistema monetario y bancario y otros aspectos vinculados a los recursos naturales y la diversidad biológica. A todo ello se sumó la creación de organismos reguladores, la promoción de la actividad privada y el reforzamiento del rol del Banco Central de Reserva. Y se estableció, sin duda, el principio de subsidiaridad en materia económica. A su vez, se promovieron importantes normas vinculadas a la protección de los consumidores y usuarios y se confirmó la adopción de una economía social de mercado.

De otro lado, durante los últimos años el Tribunal Constitucional —como supremo intérprete de la Constitución— se ha pronunciado repetidamente sobre derechos fundamentales vinculados a la actividad económica, lo que ha proporcionado especial riqueza al análisis concreto en la aplicación del mandato constitucional a la vida cotidiana.

Así, pues, el conjunto de normas constitucionales vinculadas a la actividad económica y a determinados derechos fundamentales, y la creciente importancia que todo ello tiene en la vida diaria de las personas y de las empresas, ha hecho que su estudio sea cada vez más especializado y demandado por personas e instituciones que desean saber no solo cuál

es el rol del Estado, sino también cuáles son las reglas fundamentales que debe respetar la actividad económica privada.

El propósito de este libro es hacer llegar a un público numeroso la explicación y el análisis del contenido normativo de la Constitución vigente en materia económica, así como la forma y extensión que tiene su aplicación cotidiana.

CAPÍTULO 1

EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

1. EL DERECHO PÚBLICO EN LA ECONOMÍA

La Constitución es la norma suprema que, inspirada en valores superiores, determina la ordenación jurídica de la sociedad. Y dado el alcance y trascendencia que tiene la economía en la vida social, es fundamental que la Constitución recoja los principios jurídicos más importantes a los que debe someterse la ordenación de esa realidad, más aún cuando en momentos como los actuales el Estado asume roles que tienen gran incidencia en su quehacer y configuración. En ese orden de ideas, compartimos el criterio de que la participación y las prerrogativas del Estado en la vida económica constituyen en nuestros días uno de los problemas centrales del constitucionalismo.

El derecho público es el derecho de la sociedad y del Estado. El derecho público de la economía se diferencia sustancialmente del derecho privado porque no se centra en la voluntad de los particulares —contratos y sociedades mercantiles, «derecho de los negocios»— sino en la ordenación económica, la que puede tener matices intervencionistas o liberalizadores.

Creemos pertinente diferenciar con claridad a la regulación del derecho público de la economía. El fin primordial de la regulación, de origen anglosajón, es el reforzamiento del mercado allí donde ha decaído

su capacidad de proporcionar eficiencia en la asignación de los recursos. Su finalidad es fundamentalmente económica. En cambio, el derecho público de la economía, tal como se entiende en el contexto europeo continental, tiene un contenido más amplio que la regulación económica, pues abarca todas las posibles manifestaciones de la intervención del Estado: tanto aquellas que persiguen una finalidad económica como las que procuran otros fines y de modo marcado fines distributivos.

La realidad histórica muestra que en todos los países el Estado ha intervenido en las relaciones económicas, si bien es cierto que lo ha hecho con diversa intensidad, sea desde la fiscalización de pesas y medidas en el Medioevo, la gestión y control de los ferrocarriles en el siglo XIX, hasta las subvenciones públicas a las empresas contemporáneas de aviación y el incremento del gasto público en distintos ámbitos de la seguridad. No hay eficiencia económica posible sin instituciones fuertes y estables; la mejor economía exige seguridad jurídica en las instituciones estatales (tribunales, administración, fuerzas de orden público, sistemas de garantías y publicidad de los derechos, entes reguladores, etcétera). Este marco institucional estatal es un factor esencial para la creación de riqueza. Sin Estado, no hay mercado.

En los tiempos presentes adquiere vigencia el pensamiento del economista John Kenneth Galbraith (1977, p. 98), quien señaló cuatro factores que obligan a la intervención y regulación pública: (i) la protección del medio ambiente; (ii) la protección de los más vulnerables de los empleados por el aparato productivo contra los efectos adversos de la máquina económica; (iii) la propensión de la economía a producir y vender bienes y servicios deficientes o materialmente perjudiciales; y (iv) las tendencias al interior del sistema económico que son autodestructivas para su eficaz funcionamiento.

2. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Es en el siglo XX, con el proceso del paso del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho se inicia propiamente el derecho constitucional económico. La Constitución mexicana de 1917 introduce conceptos tales como la propiedad originaria de la nación sobre las tierras y aguas, el derecho de propiedad con función social, la protección de los recursos naturales y el régimen de economía mixta.

Posteriormente, la constitución alemana de la República de Weimar (1919) representó el primer aporte europeo al constitucionalismo económico en un marco democrático, de inspiración socialdemócrata, cuyo objetivo fue la socialización de la riqueza, introduciendo conceptos tales como la nacionalización de empresas, racionalización y planificación de la producción, reconocimiento de la función social de la propiedad, el derecho a la vivienda y a la constitucionalización de los sindicatos y organizaciones patronales. Desde la República de Weimar recibe el significado que aquí nos interesa: el de ordenamiento jurídico fundamental de la actividad económica. Cabe recordar que el numeral 1 del artículo 151 de la Constitución de Weimar, texto pionero en esta materia, proclamó que «La disciplina de la vida económica debe corresponder a los principios de justicia con el fin de garantizar una existencia digna para todos. Es necesario garantizar la libertad del individuo dentro de tales límites».

Nuestro Tribunal Constitucional ha desestimado la tesis de la neutralidad del texto fundamental en materia del sistema económico. En el fundamento 28 de la STC (Exp. 034-2004-PI/TC), pronunciada el 15 de febrero de 2005, correspondiente a la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 26271, ley que norma el derecho a pases libres y a pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros, declaró:

No se trata, pues ni de asumir un texto constitucional neutro a cualquier modelo económico y capaz de sustentar cualquier tipo de intervención, sino uno que dentro de márgenes razonables de

flexibilidad, permita la libre configuración del legislador, tomando en cuenta las circunstancias históricas y económicas de cada periodo, y todo ello, dentro del hilo conductor de nuestro régimen económico, el cual, basado en una economía social de mercado, busque el justo equilibrio entre el principio de subsidiaridad y la solidaridad social.

3. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA

En el Perú, el sistema económico constitucionalizado es el de una economía social de mercado. Esto es, un sistema con valores no solo económicos —que suele dejar un amplio margen de acción al poder político para configurar el modelo económico—, que son resultado de la combinación de elementos heterogéneos procedentes de las distintas formas de concebir la economía de mercado e inspirados tanto en postulados del neocapitalismo contemporáneo como del socialismo democrático.

Si bien, como hemos dicho, es cierto que todo Estado interviene en las relaciones económicas, esta intervención debe estar delimitada en la Constitución como garantía mínima para los ciudadanos y los agentes económicos, ya que la inclusión frondosa e indiscriminada de cláusulas constitucionales económicas puede dar lugar a graves distorsiones. Sin perjuicio de ello, las previsiones constitucionales deben ser lo suficientemente amplias en razón de los cambios radicales, imprevistos y constantes, típicos de nuestro tiempo. Ambos aspectos —garantía y flexibilidad— son los que coadyuvarán a que los gobiernos democráticos del futuro pueden tener un manejo prudente, racional y consecuente con sus particulares planteamientos.

Hay diversas formas de entender el contenido del derecho constitucional económico. Puede afirmarse que busca explicar algunas de las correlaciones entre derecho y economía, pero como este es un campo amplísimo que puede dar lugar a variadas interpretaciones, nuestro estudio está concretamente dirigido a analizar lo que nuestra constitución

denomina «régimen económico», que comprende los artículos 58 a 89 de la Carta Fundamental.

Ese enfoque tiene como consecuencia natural estudiar el rol y facultades del Estado, de la propiedad y la contratación, de la libertad de empresa y de comercio, de la competencia económica y de sus límites, de los derechos básicos de los consumidores y usuarios, de las características de la denominada economía social de mercado, de los servicios públicos, del dominio público y los recursos naturales, del sistema monetario y bancario, del régimen tributario y presupuestario y de la tutela de los derechos económicos fundamentales.

Pero nuestro análisis no ingresa a estudiar en profundidad las características de cada uno de esos aspectos —que usualmente son cubiertos por especialidades jurídicas diferenciadas— sino en tanto delimitan la intervención del Estado, las garantías que este otorga y las iniciativas de los ciudadanos y sus empresas, con las limitaciones que impone el interés general. Por tanto, aquí no se intenta proponer, defender o desechar determinado modelo de desarrollo, pero sí tener presente lo que ha sido nuestra historia constitucional y el impacto de los derechos fundamentales y de las instituciones jurídicas en la vida económica.

Por cierto, declaramos nuestra defensa del sistema republicano democrático, de los derechos económicos de los ciudadanos y a su cautela normativa, y deseamos un funcionamiento óptimo de la economía social de mercado. Esta declaración es indispensable porque no es nuestra intención efectuar valoraciones economicistas específicas sino alentar —en lo que está a nuestro alcance— un funcionamiento efectivo de la vida económica que nos lleve a un mayor grado de desarrollo, con libertad y equidad, teniendo siempre presente la búsqueda del bien común.

Por lo dicho, este no es un libro de teoría política o económica. Más bien, lo que tratamos son los problemas, cuestiones o disyuntivas económicas desde la visión del derecho constitucional, específicamente desde la normativa de la Constitución de 1993.

Como sabemos, la economía ocupa y reclama un espacio preponderante en el campo político, pues las regulaciones estatales tienen incidencia variable pero importante en la vida de los ciudadanos y de las empresas, además de una vinculación estrechísima con el orden internacional dominante y las empresas multinacionales. Por tanto, lo que pueden o no hacer el Estado y los ciudadanos en su diaria relación económica debe estar encuadrado en la Constitución. De ahí proviene la importancia de esta rama jurídica, como de las decisiones que sobre la materia haya expedido nuestro Tribunal Constitucional.

En síntesis, puede decirse que la «constitución económica» de cada país cobra especial relevancia como arquitectura jurídica o impacto normativo que busca hacer posible el desenvolvimiento de las instituciones comprendidas en su texto, y en algunas normas de inferior jerarquía conectadas con la Constitución, para alcanzar el fin propuesto y consignado en su artículo 1º: «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

4. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA COMO «EQUILIBRIO DE PODERES» ENTRE EL MERCADO, EL ESTADO Y LA SOCIEDAD CIVIL

Es de singular trascendencia que el marco constitucional contribuya al desarrollo de una sociedad ordenada, eficiente y solidaria. El contenido de las cláusulas constitucionales económicas deberá estar determinado en cada caso por quien tenga que hacerlo —judicatura y Congreso— sin perjuicio de aplicar los métodos de interpretación jurídica. A nuestro juicio, corresponde al Tribunal Constitucional, como órgano de control de la constitucionalidad, cumplir ese rol determinante.

Pero la importancia de la constitución económica se manifiesta también cuando pensamos que la Constitución, en cuanto norma jurídica, es la garantía de los derechos de los ciudadanos y, consecuentemente, el límite de la actuación de los poderes públicos. De otro lado, la sociedad

civil organizada recurrirá a la norma suprema y a sus valores y principios para la defensa de los intereses colectivos y el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales.

En suma, el Estado constitucional debe desarrollar su propia doctrina de pesos y contrapesos en la constitución económica, como garantía de la libertad en una relación de equilibrio entre el mercado, el Estado y la sociedad civil. El Tribunal Constitucional, al ejercer una función interpretativa de la Constitución con carácter último, goza de un contundente poder de revisión de la legislación, tanto más relevante cuando esta incide en asuntos de contenido, de valores y hasta de alcance ideológico.

5. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es el contenido del derecho público de la economía?
2. ¿Por qué el Tribunal Constitucional ha desestimado la tesis de la neutralidad del Texto Fundamental en materia económica?
3. ¿Por qué se señala que la constitución económica debe entenderse como un equilibrio de poderes entre el mercado, el Estado y la sociedad civil?

CAPÍTULO 2

ORIGEN Y CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

1. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

Los numerosos textos constitucionales del siglo XIX (1823, 1828, 1834, 1839, 1856, 1867) corresponden a corrientes jurídico-políticas principalmente conservadoras, con marcada influencia extranjera y dentro de un contexto en el que existe un divorcio entre la ley y la realidad. Pero ello no significa desconocer que en numerosos casos se discutiera sobre asuntos económicos en las asambleas constituyentes y que se fomentara la creación de una burguesía nacional. Esos textos se caracterizaron por un reconocimiento unánime al derecho de propiedad y a la libertad económica, bajo el enunciado de la libertad de comercio y de industria, aunque con ciertos límites. Todas las Cartas incorporan normas sobre el régimen hacendístico y durante el gobierno de Ramón Castilla en el bienio 1848-1849 el Congreso aprueba el primer presupuesto. Es de destacar el artículo 9 de la Constitución de 1867 que declaró que «la Nación no es responsable de las obligaciones que contraigan o de los pactos que celebren los gobiernos de hecho, aun cuando imperen en la capital de la República, a no ser que esas obligaciones y esos pactos fuesen aprobados por un Congreso Nacional». Así, por primera vez la norma suprema proclamaba que la nación no se responsabilizaba por las deudas asumidas por gobiernos usurpadores; norma correcta pero lírica porque en la práctica prevaleció la continuidad de los actos de los gobiernos de facto.

Durante el siglo XX las constituciones de 1920 y 1933 marcan una ruptura con el liberalismo clásico e incorporan principios y derechos del nuevo constitucionalismo social bajo la influencia de las constituciones de México de 1917 y de Alemania de 1919. De esta forma, se aprueban normas novedosas sobre la propiedad y su transferencia, se declara que los bienes de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles, se trata de la propiedad minera específicamente y se faculta a la intervención económica del Estado para nacionalizar diversas actividades, previo pago de la indemnización correspondiente. Se reconoce la libertad de industria y comercio, pero se prohíben los monopolios privados, y se trata específicamente de diversos temas vinculados al derecho del trabajo. Se reconoce que la ley podrá determinar el interés máximo de los préstamos en dinero. Todas estas disposiciones cuestionan los principios más ortodoxos del liberalismo económico. Cabe resaltar innovaciones importantes en materia del sistema monetario, destacando la disposición por la cual la emisión de moneda es privilegio del Estado. En la Carta de 1933 se estableció que las minas, tierra, bosques, agua y en general todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, debiéndose fijar por ley las condiciones de su utilización. Esta Constitución facultó al Estado para tomar a su cargo o nacionalizar servicios públicos y expropiar tierras de dominio privado cuando no fueren explotadas. Debe destacarse también la creación del Consejo de Economía Nacional, formado por representantes de la población consumidora, el capital, el trabajo y las profesiones liberales. Estas disposiciones constitucionales nos hacen ver que se otorgaron al Estado nuevas facultades de intervención en la vida económica y social.

En la Constitución de 1979 por primera vez se discutió a profundidad el régimen económico. A esa fecha el Estado tenía un papel de gran importancia como actor y regulador, pues el llamado Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas (1968-1980) había adoptado medidas radicales en materia de propiedad agraria e industrial, incorporando la cogestión en muchas actividades. En el ámbito económico los efectos de esas medidas fueron negativos, aunque de otro lado se

derrumbó la estructura del poder económico tradicional, lo que permitió encauzar las inquietudes populares en espacios antes no transitados. La Constitución de 1979 es la primera en desarrollar una constitución económica formal que contiene un numeroso articulado en el que se establecen las reglas del juego de la actividad económica desarrollada por el Estado y los particulares dentro de una concepción potencialmente intervencionista. Entre sus novedades se incluyó por primera vez una definición del sistema económico como de economía social de mercado y se reconoció el principio de igualdad jurídica entre los competidores. La Carta previó la facultad del Estado de reservarse actividades productivas o de servicios por causas de interés social y seguridad nacional, lo que es una práctica jurídica paralela a las nacionalizaciones. Proclamó la prohibición de los monopolios, acaparamientos y acuerdos restrictivos en la actividad económica, y asumió la tarea de formular planes que regulaban la actividad del sector público y que, una vez concertados, resultaban obligatorios para la actividad privada. Buscó autorizar, registrar y supervisar la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea, y estableció el régimen jurídico del Banco Central de Reserva. A pesar de contener un conjunto de disposiciones de carácter social y programático que han sido favorablemente acogidas por muchos autores, debe reconocerse que nunca, durante el periodo republicano, el Estado contó con tantas herramientas para intervenir en la vida económica de la Nación.

2. EL ESTADO INTERVENCIONISTA: CRISIS POLÍTICA Y ECONÓMICA

La prolongada crisis del periodo 1963-1990 tuvo entre sus principales características la presencia de un Estado intervencionista, gestor directo, empresario y controlista, con mucho peso en lo económico y con pequeños grupos burocráticos dispuestos a defender el poder que les confería la gestión de ese poder económico. Ineficiencia productiva, baja absorción tecnológica y ausencia de competitividad fueron características destacadas. En 1985 se inicia la fase terminal de esa crisis al asumir el gobierno

el Partido Aprista Peruano, bajo el liderazgo de Alan García Pérez, cuya política económica consumió aceleradamente las reservas internacionales, aisló al país de los organismos multilaterales de crédito y desató una hiperinflación que fue una de las más altas y prolongadas de la historia económica mundial, dando lugar a un empobrecimiento general que afectó principalmente a los más débiles.

En ese contexto, surge una propuesta neoliberal como alternativa de gobierno, la que cuestionó radicalmente el rol del Estado en lo económico. Esta nueva corriente de adaptación del pensamiento neoliberal a países de capitalismo periférico como el Perú fue liderada por dos personalidades de audiencia mundial: el novelista Mario Vargas Llosa y el economista Hernando de Soto. El diagnóstico neoliberal afirmaba que la crisis del Estado intervencionista obedecía a las prácticas mercantilistas destinadas a favorecer a aquellos que se encontraban cerca del poder político mediante un conjunto de medidas que no respondían a un plan de desarrollo nacional sino que eran respuesta a determinados sectores, escogidos por razones de coyuntura o influencia económica, política o familiar. En consecuencia, propusieron que esas prácticas debían ser erradicadas y reemplazadas por la liberalización de los mercados y la reducción de las funciones estatales, facilitando la reinserción del país en las corrientes hegemónicas del capitalismo a nivel mundial, fomentando el florecimiento y expansión de las energías populares dispuestas a impulsar el desarrollo capitalista y la democracia.

3. TRIUNFO Y GOLPE DE ESTADO POR ALBERTO FUJIMORI

La candidatura de Vargas Llosa a la presidencia de la república en 1990 fue derrotada por Alberto Fujimori Fujimori, quien al asumir el gobierno dio un giro de su inicial y populista propuesta electoral hacia un neoliberalismo radical, logrando el apoyo de los organismos multilaterales, los países desarrollados y parte importante del empresariado nacional.

Las reformas liberales en los dos primeros años de gobierno de Fujimori impulsaron la apertura de la economía, la flexibilización de las

relaciones laborales, el inicio de la privatización de las empresas públicas, el rescate del sistema financiero y la negociación del pago de la cuantiosa deuda externa. Las reformas liberales promovieron la confianza empresarial y favorecieron el auge de las inversiones y del crecimiento luego de quince años de deterioro intermitente.

El programa del Consenso de Washington¹ fue llevado adelante por el régimen de Fujimori (1990-2000) con la colaboración de los grandes países capitalistas y los organismos financieros multilaterales que

¹ Las formulaciones del Consenso de Washington fueron las siguientes:

1. Disciplina presupuestaria: Los déficit públicos, medidos adecuadamente, de manera que incluyan las administraciones territoriales, las empresas públicas y el banco central, deberían ser lo bastante reducidos como para poder financiarlos sin tener que recurrir a impuestos inflacionarios. Esto presupone normalmente un superávit primario (es decir, antes de añadir el servicio de la deuda a los gastos) de varios puntos porcentuales del PIB, y un déficit operativo (es decir, el déficit sin tener en cuenta la parte de la carga por intereses que compensa la inflación) de no más del 2% del PIB.
2. Reorientación del gasto público: cambios en las prioridades desde las áreas menos productivas a otras, como sanidad, educación e infraestructuras, que se considera que lo son más y contribuyen a luchar contra la pobreza;
3. Reforma fiscal encaminada a buscar bases imponibles amplias y tipos marginales moderados;
4. Liberalización financiera con un énfasis especial en que los tipos de interés vengán determinados por el mercado y sean positivos en términos reales;
5. Búsqueda y mantenimiento de tipos de cambio competitivos, en lugar de aspirar a los llamados «tipos de cambio de equilibrio fundamental»;
6. Liberalización comercial: las restricciones comerciales cuantitativas deberían ser rápidamente sustituidas por aranceles y estos deberían ser progresivamente reducidos hasta alcanzar un arancel uniforme bajo del orden del 10% (o, como máximo, de alrededor del 20%);
7. Política de apertura respecto a la inversión extranjera directa; las barreras que impiden la entrada de las empresas extranjeras deberían ser abolidas; las empresas extranjeras y nacionales tendrían que poder competir en términos de igualdad;
8. Empresas públicas: debían privatizarse. No se incluye la reestructuración de dichas empresas como una forma alternativa de manejar el problema;
9. Política de desregulación: los gobiernos deberían abolir las regulaciones que impiden la entrada de nuevas empresas o que limitan la competencia y asegurar que todas las regulaciones estén justificadas por criterios tales como seguridad,

controlan como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Este programa opta por el paradigma del mercado libre y la eliminación de la intervención económica del Estado para generar una asignación de recursos que permitiría superar los desajustes estructurales de nuestras economías y situarlas en la senda de la modernización y el crecimiento sostenido. Así, el juego libre del mercado exige la reinserción a la economía mundial sin protección ni controles al flujo de bienes y capitales. Su optimismo sobre la capacidad de la economía de mercado para producir resultados socialmente óptimos es acompañado por su pesimismo sobre las posibilidades del Estado para mejorar los resultados que el mercado arroja por sí solo. La intervención estatal, opinan los defensores de ese consenso, suele ser fuente de desestabilización económica. Si los recursos se asignan solo a través del mercado, el Estado debe ser neutral, privatizar algunos servicios públicos sociales y definir su tamaño en función del principio de austeridad y el equilibrio presupuestal.

El gobierno de Fujimori no fue obstaculizado por el Congreso dominado por partidos de oposición, entre ellos el Partido Popular Cristiano que apoyaba las reformas liberales. Así, se le delegaron facultades legislativas que le permitieron expedir un conjunto de decretos legislativos en diferentes materias, entre ellos el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, que modificó inconstitucionalmente parte de las normas del régimen económico de la Constitución peruana de 1979.

Ante los reiterados desbordes del Poder Ejecutivo, el Congreso legisló regulando las atribuciones legislativas del presidente de la República en materia de decretos legislativos y decretos de urgencia. Esta fue una de las causas alegadas para que el 5 de abril de 1992 se perpetrara un golpe

protección medioambiental o supervisión prudencial de las instituciones financieras; y

10. Derechos de propiedad: el sistema legal debería ofrecer derechos de propiedad seguros sin excesivos costes y hacerlos accesibles a la economía. (Ruiz Caro, 2002, p. 19).

de Estado con el apoyo de las fuerzas armadas. Se clausuró el Congreso y se cercenó a las instituciones como la Corte Suprema y los organismos constitucionalmente autónomos como el Tribunal de Garantías Constitucionales, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y los gobiernos regionales. Así, se inició un periodo autoritario caracterizado por la permanente demolición de las instituciones que constituyesen mecanismos de control y rendición de cuentas. El régimen *de facto* se denominó «Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional» y gobernó mediante decretos leyes en 1992.

4. EL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

A fines de 1992 se convocó a las elecciones para el denominado Congreso Constituyente Democrático (CCD), que, lejos de constituirse en un proceso de transición democrática, fue el entramado institucional para establecer una fachada democrática del régimen autoritario, con el beneplácito de la Organización de Estados Americanos. A diferencia de la Constitución de 1979, que potenció el rol del Estado en la economía e incluso permitió la reserva estatal de actividades productivas o de servicios, en el debate constitucional de 1993 la mayoría oficialista del Congreso Constituyente sustentó su posición en un neoliberalismo radical, bajo la inspiración del Consenso de Washington, y en un documento elaborado por el Instituto Apoyo, financiado en parte por instituciones o empresas vinculadas a los Estados Unidos.

En ese contexto, se buscó concretar una privatización generalizada de la vida económica, como respuesta natural al despilfarro e indudable fracaso de la empresa pública durante los lustros anteriores. En ese Congreso predominó la corriente que afirmó la necesidad de imponer un modelo constitucional neoliberal, aunque recogió después de arduos debates la cláusula abierta de la economía social de mercado en su artículo 58.

5. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL TEXTO DE 1993

Como se sabe, las constituciones surgen dentro de un determinado contexto histórico, político, económico y social que condiciona su formulación y aplicación. Dentro de las características más acusadas se encuentra la desaparición de todo principio valorativo inspirador del régimen económico, lo que marca una diferencia importante con la Carta anterior, que en su artículo 110 proclamaba que dicho régimen se fundamentaba en principio de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.

El régimen económico se encuentra en el Título III y consta de seis capítulos, a saber: I. Principios generales, II. Del ambiente y los recursos naturales, III. De la propiedad, IV. Del régimen tributario y presupuestal. V. De la moneda y la banca, y VI. Del régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas. Comprende los artículos 58 a 89.

El texto de la Carta reconoce que la iniciativa privada es libre y que el Estado orienta el desarrollo, actuando principalmente en la promoción del empleo, salud, educación, servicios públicos e infraestructura. Asimismo, garantiza la libertad de empresa en el marco de una economía social de mercado, reconociendo la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Se incorpora el principio de subsidiaridad, pero se acepta que la competencia económica privada debe ser vigilada por el Estado combatiendo toda práctica que la limite; esa competencia adquiere un rol central, pues es la que asume la función de impulsar el desarrollo económico, reconociendo el texto solo tímidamente el rol y los derechos de los consumidores y usuarios.

Asimismo, la Constitución de 1993 se distingue por el reforzamiento de la protección del derecho a la propiedad privada, previendo que toda expropiación requiere el previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Por su parte, la libertad de contrato se convierte en inmune a la ley, pues

los términos contractuales no pueden ser modificados, lo que hace posible la existencia de los denominados «contratos-ley», mediante los cuales el Estado puede establecer garantías que no pueden ser modificadas legislativamente. Establece también taxativamente que la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones y se garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera. En este modelo económico, de clara inspiración liberal, no hay referencia a los mecanismos de la planificación tanto para el sector público como para el privado.

Sin embargo, es preciso anotar que si bien el Estado ya no formula la política económica o planifica, tal como lo permitía la Constitución de 1979, el artículo 58 de la vigente reconoce que orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, lo que abre una ventana para hacer realidad los principios de solidaridad que históricamente inspiraron a la economía social de mercado.

Reconoce que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y que el Estado determina la política nacional del ambiente, promoviendo la conservación de la diversidad biológica. De otro lado, señaló las características del régimen presupuestario y tributario; se refirió a la Cuenta General de la República y las características y funciones de la Contraloría General de la República, del Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca y Seguros, y finalizó haciendo mención al régimen agrario y a las facultades de las comunidades campesinas y nativas.

En síntesis, la mayoría oficialista impuso su proyecto basado en la reducción al mínimo del rol rector del Estado en la economía y de sus potestades de intervención en tutela del interés público. Del Estado intervencionista, prestador, productor y planificador de los años 70 se pasó al Estado disminuido y limitado en la década de 1990. Consideramos que el Perú requiere de una reforma constitucional que manteniendo la protección a los derechos económicos de propiedad, libertad de empresa y de contrato, rescate los valores sociales de solidaridad, cohesión social y

equidad que distinguen a la economía social de mercado en el marco de un Estado social y democrático de derecho.

6. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles fueron las principales fuentes ideológicas inspiradoras del régimen económico concretado en 1993?
2. Señale tres características principales del régimen económico de 1993.
3. ¿Por qué se señala que la constitución económica debe entenderse como un equilibrio de poderes entre el mercado, el Estado y la sociedad civil?

CAPÍTULO 3

LOS DERECHOS ECONÓMICOS

1. CUESTIONES PRELIMINARES

El carácter de los derechos fundamentales, de acuerdo a la doctrina, supone dos dimensiones:

- La subjetiva: desde un punto de vista individual, los derechos fundamentales están ligados a la dignidad de la persona, son la proyección positiva, inmediata y vital de la persona. Los derechos fundamentales conforman el núcleo básico, pétreo, ineludible e irrenunciable, del *status* jurídico del individuo.
- La objetiva: desde esta perspectiva los derechos fundamentales son condición misma de la democracia, a tal punto que se puede afirmar que no hay democracia sin derechos fundamentales.

Puede afirmarse que en nuestra Constitución los derechos fundamentales están protegidos por una *garantía institucional* o núcleo o reducto indisponible por el legislador. El mencionado ámbito, que es inmune a la intervención estatal, configura el contenido esencial de un derecho fundamental, que constituye el núcleo irrenunciable e inmodificable de su identidad.

2. EL DERECHO DE PROPIEDAD

2.1. El derecho de propiedad como derecho exclusivo

La proyección constitucional del derecho de propiedad se concreta en un derecho fundamental del individuo, que se encuentra tutelado con una diversidad de garantías, entre las que es básica el carácter excepcional de la expropiación. Así, nadie puede ser privado de una propiedad si no es por causa de utilidad pública, previa la oportuna indemnización y dando cumplimiento a las garantías del procedimiento expropiatorio.

En su concepción liberal, la propiedad está reconocida en la doctrina como un derecho subjetivo de goce del máximo contenido, que consiste en el poder de someterla a nuestra voluntad en todos sus aspectos y obtener de ella toda la utilidad que pueda prestar en cualquiera de ellos. El propietario es el árbitro del destino que a la cosa se haya de dar. También es un derecho inviolable, por lo que son excepcionales las limitaciones del dominio.

Así, la propiedad es un derecho exclusivo frente a todos (*erga omnes*). Esto es, se puede oponer a todos y excluye su ámbito a todo otro titular. Pero la propiedad significa también poder de disposición y de libre realización en el mercado. La libertad del comercio de la propiedad es así uno de los grandes principios del sistema jurídico.

2.2. El derecho a la herencia

Se debe resaltar el carácter de derecho fundamental de la herencia, reconocido por la Constitución peruana de 1993, que más propiamente es el derecho a poder suceder por causa de muerte. En este sentido, el derecho a la herencia es patrimonio de todos, en razón de su vinculación directa con el derecho de propiedad, del cual es su extensión. El Código Civil establece sus alcances y límites y debe regularlo sin vulnerar el contenido esencial del derecho fundamental.

El derecho fundamental a la herencia tiene su anverso y reverso: de un lado, el de poder transmitir herencia y de otro el derecho a recibir herencia.

El derecho a transmitir herencia supone un reconocimiento al derecho de testar, así como el derecho y la correlativa seguridad de que, en defecto del testamento, a la muerte de una persona su herencia se transmitirá por mandato legal a su familia en orden de proximidad (herederos legales). Asimismo, el derecho a recibir herencia supone poder suceder a una persona en la generalidad o parte de sus bienes.

2.3. La función social como contenido esencial

El contenido esencial del derecho de propiedad comprende dos elementos: la rentabilidad económica y rentabilidad social, fin individual y utilidad social, aprovechamiento económico ejercido con eficacia social.

Bajo la influencia del discurso neoliberal se eliminó la función social de la propiedad en el artículo 70 del texto de 1993, que declara: «El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio». Así, se sustituyó el concepto de «interés social» por el de bien común; sean estos conceptos análogos o distintos, lo cierto es que el derecho de propiedad se encuentra condicionado por ambos estándares.

La función social de la propiedad es reconocida en la doctrina social de la Iglesia Católica. Juan Pablo II en la encíclica *Sollicitudo Rei Socialis* sostuvo que «[...] la propiedad privada, de hecho se encuentra bajo una 'hipoteca social', lo que significa que tiene una función intrínsecamente social, basada en y justificada precisamente por el principio de destino universal de los bienes».

2.4. La libre disposición de moneda extranjera

Dentro del capítulo de principios generales del régimen económico, la Constitución de 1993 declara en el artículo 64 que el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera. Con este artículo se garantiza que el ciudadano no solo pueda tener moneda extranjera en su bolsillo o en cuenta bancaria, sino que puede disponer de dicha moneda o convertirla a otra moneda. La protección de la libre disposición del ahorro ya sea en moneda nacional o extranjera es una manifestación del derecho de propiedad.

2.5. La limitación impuesta por la seguridad nacional

La Constitución de 1993 introduce el concepto de seguridad nacional como límite al derecho de propiedad. Así, el artículo 70 la prevé como causa de expropiación y el artículo 72 establece: «La ley puede, solo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes».

Dentro de la limitación impuesta por causa de seguridad nacional se puede considerar la prohibición a los extranjeros, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, para adquirir y poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido, previsto en el artículo 71 de la Norma Suprema.

2.6. La expropiación

La expropiación es una transferencia forzosa o coactiva, que hace de ella una institución característica del derecho público. Por cierto, el expropiado tiene derecho a recibir una indemnización equivalente al valor económico de la cosa expropiada.

La expropiación no es una excepción que permite la violación del derecho de propiedad. La esencia de la expropiación se funda en la primacía de los intereses generales frente a las situaciones de titularidad de propiedad concretas que resultan sacrificadas. La expropiación no vulnera el derecho de propiedad, por cuanto los afectados deben ser indemnizados. La regla debe ser que en toda propiedad confluyen siempre intereses públicos y privados que deben armonizarse, dentro del concepto de la función social, reconocido por la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional. En caso de que la armonización no sea posible, los intereses públicos deberían ser preponderantes.

Si el titular del bien afectado por una expropiación recibe la indemnización justipreciada, no existe perjuicio patrimonial alguno ni, en consecuencia, lesión al contenido esencial del derecho de propiedad.

Con relación a las causales de expropiación, en el texto de 1993 se distingue la expropiación por causa de necesidad pública, que implicaría que estas exigencias obedecen a un estado de necesidad por lo que se entendería de aplicación muy restrictiva. La necesidad pública alude a lo que es indispensable, a lo que el interés público requiere, como por ejemplo, la ampliación de un aeropuerto. Así, no solo en circunstancias extraordinarias es aplicable el concepto necesidad pública, sino también en todo tipo de situaciones, incluso de normalidad, cuando el Estado se viese obligado a expropiar para lograr la realización de un determinado fin esencial de la comunidad.

Cabe señalar que cuando la Constitución asume como causa para la expropiación a la necesidad pública el beneficiario será el Estado en sus diferentes niveles de gobierno: gobierno nacional, gobiernos regionales o gobiernos locales, o por causa de seguridad nacional, en la cual solo puede ser beneficiario el gobierno nacional por ser materia de su competencia. Corresponde al Congreso al aprobar la ley de expropiación para cada caso concreto precisar en la exposición de motivos que se ha acreditado técnica y jurídicamente la configuración de las respectivas causales.

El artículo 70 de la Constitución de 1993 prevé que la indemnización justipreciada incluya «compensación por el eventual perjuicio». A nuestro juicio, debe entenderse que incluye el daño emergente y el lucro cesante, regulados en el Código Civil.

En nuestro ordenamiento, la expropiación y la determinación de la indemnización justipreciada gozan de una reserva de jurisdicción judicial. En consecuencia, la disposición constitucional que faculta al expropiado a contradecir judicialmente el valor de indemnización debe entenderse referida al derecho a pedir la revisión del *quantum* de indemnización.

2.7. Regulaciones con efecto equivalente a la expropiación.

La expropiación indirecta

Es interesante revisar el giro jurisprudencial en materia de expropiación (*takings*) en el derecho constitucional estadounidense. A diferencia de nuestro derecho, en el sistema norteamericano la expropiación no está restringida a un tipo específico de privación de la propiedad por el Estado, declarado por ley y previo pago de una indemnización justipreciada, tal como lo prevé el artículo 70 de nuestra Constitución. En el derecho estadounidense se admiten dentro del concepto de *takings* otras modalidades de afectación del derecho de propiedad, sin transferencia de dominio al Estado, pero con efecto económico equivalente a la expropiación. En el Perú es un tema a desarrollar, por ejemplo, en el ámbito de las regulaciones municipales de zonificación, y también por su inclusión en los tratados de libre comercio con terceros países. Se trata de la denominada expropiación indirecta.

3. LA LIBERTAD DE CONTRATAR Y SUS LÍMITES CONSTITUCIONALES

3.1. Autonomía privada y concepto de contrato

La autonomía privada, base de la libertad de contratar, es un principio general del derecho, porque es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro derecho privado.

3.2. Contenido esencial de la libertad de contratar

El artículo 62 de la Constitución —en su primer párrafo— declara que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. En consecuencia, esta libertad debe respetar los límites previstos en la ley. El contenido esencial de la libertad de contratar tiene las siguientes manifestaciones:

1. El derecho a decidir la celebración o no de un contrato.
2. El derecho a elegir con quién contratar.
3. 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.

3.3. Los contratos-ley

El artículo 62 de la Constitución —en su segundo párrafo— establece que mediante contratos-ley el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades a los inversionistas, pero no se delimita en el texto fundamental el tipo de garantías o seguridades que se pueden brindar.

Los contratos-ley son contratos de prestaciones recíprocas en los cuales el Estado debe cumplir con una prestación de no hacer, que consiste en mantener inalterable para el inversor las garantías otorgadas mediante el contrato y que deben estar contenidas expresamente en una ley autoritativa para gozar del blindaje jurídico que le ofrece la Norma Suprema.

El reconocimiento y protección constitucional de los contratos-ley supone la imposibilidad jurídica de su modificación por acto legislativo.

Asimismo, la Norma Suprema prevé que los conflictos derivados de los contratos-ley solo se resuelven en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos previstos en el contrato o en la ley autoritativa del contrato.

El concepto de contrato-ley implica que la ley autoritativa debe servir como marco de las seguridades y garantías que el Estado podrá otorgar mediante el contrato. La relación contractual solo puede ser modificada por un nuevo contrato o como resultado de alguna de las figuras extintivas normadas en el Código Civil.

A nuestro juicio, establecer por contrato garantías que exceden el marco de la ley autoritativa puede configurar un abuso del derecho en materia contractual, que podría ser corregido por modificaciones legislativas al contrato, con el carácter de normas imperativas, al amparo de dos disposiciones de la Constitución: el inciso 14 del artículo 2 que garantiza la libertad de contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan normas de orden público y el artículo 103 que proclama que la Constitución no ampara el abuso del derecho.

4. LA LIBERTAD DE TRABAJO

El inciso 15 del artículo 2 de la Constitución peruana proclama como derecho fundamental de la persona el derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley. En la doctrina se reconocen dos dimensiones: (i) conseguir no solo la inhibición estatal en la actividad económica individual, sino también la prohibición de malas prácticas de agentes privados contrarias al libre ejercicio de la actividad laboral; y (ii) la protección a los ciudadanos contra las barreras que impiden la pretensión de trabajar.

Este derecho se debe vincular directamente con la libertad del hombre para actuar, que se manifiesta en los derechos fundamentales al libre desarrollo y bienestar, previstos en el numeral 1 del artículo 2, así como en el derecho a la libertad personal, reconocido en el literal a) del numeral 24

del artículo 2 de la Constitución, que declara que: «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

Asimismo, se vincula con las libertades de empresa y las de industria y comercio lícitos a que se refiere el artículo 59 de la Norma Suprema que declara: «El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de empresa, comercio e industria». En esa dirección, el derecho a la libertad de trabajo debe entenderse en su acepción más amplia posible, de manera tal que comprende no solo al trabajador asalariado sino también al trabajador independiente.

La protección a la libertad de trabajo debe entenderse tanto en al derecho a contratar libremente los servicios del trabajo personal como al derecho de toda persona a elegirlo libremente, e inclusive como el derecho a no trabajar, al descanso y al ocio.

5. PREGUNTAS

1. ¿Por qué los derechos económicos son derechos fundamentales?
2. ¿Cuál es la importancia de la función social de la propiedad?
3. ¿Por qué se dice que la expropiación goza de una reserva de jurisdicción judicial?
4. ¿El abuso del derecho es un límite a la libertad de contratar?

CAPÍTULO 4

LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD

1. LOS INTERESES DIFUSOS

Los intereses difusos se caracterizan por pertenecer a muchos en común o a una serie indeterminada de individuos de difícil determinación, configurando auténticos intereses de la sociedad; lo difuso es el grupo humano y no el interés mismo. La irrupción en el ámbito jurídico de los derechos colectivos e intereses difusos supone una superación al enfoque individualista que fundamenta la teoría clásica de los derechos subjetivos basada en el interés propio del individuo, y su reconocimiento una característica del Estado social y democrático de derecho.

En los intereses difusos está inscrito el concepto de solidaridad, que es inherente a los llamados derechos de tercera generación: entre estos tenemos, por ejemplo, el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado; a la utilización racional de los recursos naturales; a la seguridad, información y salud de los consumidores y usuarios; al respeto del patrimonio histórico, arquitectónico y cultural; y al derecho a la paz.

2. LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

2.1. Introducción

La aparición de fenómenos económicos y sociales en la segunda mitad del siglo XX, tales como la consolidación de la gran empresa y el consumo de masas, así como la transformación del sector de distribución comercial, alejamiento del fabricante, progresiva internacionalización y nuevas técnicas de marketing y publicidad, aumentaron la complejidad del funcionamiento de los mercados y en ciertas ocasiones dificultaron la capacidad de elección del consumidor, básicamente por carencias informativas, con lo cual la denominada «soberanía del consumidor» pasó de ser, en numerosos casos, un enunciado con poco sustento en la realidad. Surgieron entonces corrientes destinadas a protegerlo, a colocarlo en posición de igualdad, en lo posible coadyuvando al mejor funcionamiento del mercado.

La defensa y protección jurídica de los consumidores y usuarios tiene en nuestros días un carácter interdisciplinario y concierne a muchos sectores del ordenamiento jurídico, esto es, las normas de protección pueden pertenecer al ámbito constitucional, administrativo, penal, procesal y civil. El concepto esencial del cual arranca toda la problemática jurídica de la protección al consumidor reside en la noción de libertad contractual.

2.2. La cláusula constitucional de defensa de los consumidores y usuarios

El artículo 65 de la Constitución de 1993 prevé: «El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población».

El artículo 65 se ubica dentro de los principios generales del régimen económico, y establece un principio concreto: la defensa del interés de los

consumidores y usuarios como obligación del Estado. Ese principio debe inspirar las leyes relacionadas con la materia que se elaboren y promulguen en el futuro, así como guiar la actuación de autoridades y jueces. El artículo 65 es también un mandato para el legislador, y en tal razón se dictó el Código de Protección y Defensa del Consumidor, puesto en vigencia por la Ley 29571 del 2 de setiembre de 2010, que consta de 160 artículos más disposiciones complementarias.

El citado artículo 65 pone de manifiesto que:

- El Estado se obliga a asumir una posición proactiva y protectora en esta área respecto de toda actividad económica.
- Para efectuar esa defensa garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran en el mercado, lo que significa combatir la publicidad engañosa y otros falsos reclamos de los empresarios para atraer clientes.
- Vela, en particular —sin carácter excluyente— por los derechos de salud y la seguridad de la población.
- Se consagra un derecho subjetivo de los consumidores y usuarios de defenderse en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses, y así a exigir del Estado procedimientos eficaces para la protección de los mismos.

El alcance del artículo 65 debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo 3 de la Carta, que otorga una amplia protección a los derechos de la persona, inclusive a aquellos «de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo». Creemos que no puede existir una tutela diferenciada para las personas y los consumidores, ya que la persona al actuar dentro del mercado asume el status especial de consumidor. Desde esta perspectiva, el acto de consumo es, sin duda, un acto de ciudadanía. El Tribunal Constitucional peruano lo ha reconocido expresamente mediante la STC Exp. 008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003.

El artículo 65 puede interpretarse en una triple condición: como una obligación del Estado de defender a sus ciudadanos en su condición de consumidores y usuarios; como garante de los derechos fundamentales de estos en el sentido que da reconocimiento a los derechos subjetivos que nacen, en especial, en las áreas de la salud, seguridad e información; y como principio general informador del ordenamiento jurídico, en el sentido de constituir, principal pero no únicamente, un mandato para que el legislador desarrolle esa garantía y ese reconocimiento. Este último se ha llevado adelante mediante el referido Código de Protección y Defensa del Consumidor¹.

2.3. Derechos específicamente reconocidos

2.3.1. Derecho a la información

Cuando el artículo 65 señala que el Estado «garantiza el derecho a la información sobre bienes y servicios que se encuentren a su disposición en el mercado», se está comprometiendo a realizar una tarea de importancia y gran envergadura. Garantizar, que es dar garantía, tiene un contenido amplísimo, pero en el artículo citado está constreñido al derecho que tiene el ciudadano de obtener información. El Estado no se está comprometiendo a la evicción y saneamiento de los bienes y servicios, no los está afianzando ni resguardando, no se ha constituido en un fiador de

¹ El principal dispositivo en esta materia es el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571. Este código tiene siete títulos que comprenden una amplia gama de disposiciones. El Título I trata de los derechos de los consumidores, de la información que deben recibir, del tema publicitario, de la salud y seguridad de los consumidores y de la protección de los intereses sociales y económicos. El Título II sobre los contratos en general y las cláusulas abusivas en particular. El Título III de los métodos comerciales abusivos, el IV de la protección al consumidor en productos o servicios específicos, como los de salud, educativos, financieros, etc. El Título V de la responsabilidad y sanciones, en especial de la responsabilidad administrativa. El Título VI de la defensa colectiva de los consumidores y el Título VII del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor. La entidad administrativa encargada de ver estos asuntos es el INDECOPI, cuyas resoluciones finales pueden siempre contradecirse en el Poder Judicial.

los mismos. Se limita a aquellos que se encuentran en el mercado, en el territorio de la República, no más allá de las fronteras y, tampoco, creemos, a aquellos que son ofrecidos por medios inalámbricos provenientes de señales ubicadas fuera del citado territorio, lo que sirve para poner de relieve las dificultades que se presentan en el comercio electrónico o en la publicidad transfronteriza de nuestros días.

Pero el Estado solo puede garantizar el acceso a aquella información que se considera esencial y específicamente exigida para que el consumidor o el usuario realicen una buena decisión de consumo. Así, por ejemplo, el Estado puede exigir que los precios sean presentados de determinada forma en la publicidad o en la información que ofrecen los agentes económicos en el mercado. Igual puede suceder con el contenido de ciertos productos, con determinadas advertencias sobre sus potenciales riesgos, y un largo etcétera. Si la exigencia estatal a los agentes económicos fuera extrema, entonces muy probablemente no facilitaría las transacciones en el mercado, las dificultaría más bien, o, quizá, exigiría burocráticamente que se conozcan aspectos de mínima importancia. Lo que no puede perderse de vista es que resulta imposible que el consumidor o el usuario tengan acceso a toda la información que de sus componentes, insumos o características tiene un bien o servicio. Es más, muchos de los agentes económicos tampoco la conocen en su totalidad. Entonces adquieren gran importancia dos factores que aquí se concatenan, a saber: la exigencia de una publicidad que no incumpla con los principios de veracidad y la educación de los consumidores y usuarios. Distinta es la información que puede exigir un consumidor altamente preparado en determinada materia vinculada al producto o servicio que va a adquirir o contratar, de aquel otro de bajo nivel cultural o educativo que recién comienza a apreciar las particularidades del mercado en una gran ciudad, en la cual acaba de establecerse. En síntesis, lo que se busca es que la información que reciben o que se encuentra a su disposición esté referida a las características esenciales de cada bien o servicio.

Para que la información cumpla con su cometido debe reunir algunas condiciones básicas, tales como ser oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible (art. 1.b del Código); lo que significa que debe ofrecer la posibilidad de solucionar un problema de consumo y contribuir al mejor funcionamiento del mercado; accesible a la capacidad del consumidor; que no esté en idioma extranjero, ni tampoco en términos técnicos o jurídicos de difícil comprensión; y, finalmente, que se ofrezca en el momento y lugar oportunos.

Son las empresas y los empresarios quienes están obligados prioritariamente a suministrar información a los consumidores y usuarios, y, por cierto, también los concesionarios de servicios públicos. Nuestro Código utiliza genéricamente el término «proveedores» para señalar a los que están obligados de informar (Art. IV.2). Tienen también obligación de informar las oficinas públicas, lo que constituye por sí mismo un servicio elemental a favor de los ciudadanos, recolectando y difundiendo información sobre bienes y servicios que sean de especial relevancia para la satisfacción de necesidades humanas de importancia vital, como la correspondiente a la salud. Finalmente, las asociaciones de consumidores se suelen constituir en importantes colaboradores en la tarea informativa dentro del ámbito de su actividad y según los medios de que dispongan.

La información se lleva a cabo, fundamentalmente, mediante tres mecanismos: la publicidad, las leyendas informativas sobre las mercaderías y los contratos. Estos tres mecanismos tienen una normatividad específica, que no es del caso tratar aquí en extenso. Otros vehículos informativos son los datos consignados en las mercaderías o en sus envases, así como las marcas o los signos distintivos.

2.3.2. Derechos a la salud y a la seguridad

En el capítulo II del Título I («De la persona y de la sociedad»), que se intitula «De los derechos sociales y económicos», el artículo 7 dispone que «todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y

defensa». El Estado, por su parte, determina la política nacional de salud, norma y supervisa su aplicación (artículo 9); y garantiza el libre acceso a las prestaciones a través de entidades públicas, privadas o mixtas a las cuales supervisa (artículo 11). De otro lado, en el título correspondiente al Régimen Económico se señala que el Estado orienta el desarrollo del país y actúa en forma prioritaria y principal, entre otras, en la promoción de salud (artículo 58), y no puede el ejercicio de la libertad de trabajo o la de empresa ser lesivos a ella (artículo 59). Es en este contexto que resulta coherente la ubicación, así como el mandato, contenido en el artículo 65 bajo comentario, por el cual el Estado se obliga a velar por la salud de los consumidores y usuarios.

La atención legislativa está diseñada para bienes o servicios que están en el mercado y que son objeto de tráfico mercantil, no a derechos tales como el respecto a la intimidad o la dignidad humana, al secreto médico, etc. todo lo cual está regulado por normas que se encuentran fuera del ámbito de lo que aquí estamos tratando. El artículo 25 del Código preceptúa que «los productos o servicios ofertados en el mercado no deben conllevar, en condiciones de uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes». Tanto la protección de la salud como de la seguridad no es absoluta, existe una muy importante matización, que es la concerniente a que el derecho a la protección se concreta en «condiciones normales o previsibles», por lo que hay normalmente un cierto grado de riesgo aceptado.

Algunos sostienen que la protección de los consumidores y usuarios en materia de seguridad está exclusivamente dirigida a la seguridad física, pero, sin duda, no ocurre lo mismo con la salud, pues en este caso se dirige a la integridad psicosomática de los consumidores y usuarios, de conformidad al inciso 1) del artículo 2 de la Constitución. Se trata de un derecho de la persona de aplicación inmediata y no sujeto a normas de desarrollo. La salud, que no es equivalente a ausencia de enfermedad, es «un estado de bienestar integral de la persona; de equilibrio perfecto entre su estructura psíquica y orgánica que le permite el goce de la vida».

3. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

El impacto de la degradación ecológica a nivel global, que se ha hecho patente mediante el deterioro de la capa de ozono, el cambio climático, la contaminación de ríos, mares y aire, la deforestación, entre otros hechos, se viene proyectando en los ordenamientos constitucionales y legales, debido a que se han verificado una serie de alteraciones climáticas atribuidas al proceso de calentamiento global que se manifiesta en el cambio de las condiciones que eran consideradas regulares o permanentes en diferentes regiones del mundo. Como marco conceptual del constitucionalismo ambiental, debemos referirnos al desarrollo sostenible, que supone en términos ambientales un modelo de crecimiento económico que satisface las necesidades de la presente generación sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

En el derecho constitucional, el derecho fundamental de la persona al medio ambiente sano es reconocido doctrinariamente como un derecho de tercera generación o derecho de solidaridad. El medio ambiente constituye el punto central de referencia sobre el que gravita la última generación de derechos humanos, que tiene además en el principio de solidaridad su común denominador. Para reforzar la relevancia del derecho al medio ambiente hay que acudir a la cláusula constitucional de los derechos fundamentales *implícitos* a que se refiere el artículo 3 de la Norma Suprema, pues se puede resumir estos nuevos derechos y principios en una suerte de derecho a la calidad de vida.

La calidad de vida es el nivel más deseable de bienestar material y espiritual de la persona, el ambiente idóneo para su dignidad. Esta última es el fin y el fundamento de toda ordenación jurídica, también de la medioambiental. El medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona es uno de los presupuestos que junto con el bienestar económico y el disfrute de los derechos constitucionales conforman la calidad de vida. De este modo, en el marco de la cláusula constitucional de los *derechos implícitos* a que se refiere el artículo 3 de la Norma Suprema

(«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»), que sirve como instrumento para evitar el anquilosamiento de la Constitución, puede afirmarse la existencia de un derecho constitucional a la calidad de vida.

La determinación de los linderos que definen la función pública de tutela del ambiente se conectan tres conceptos: «calidad de la vida», «medio ambiente» y «utilización sostenible de los recursos naturales». Este último concepto está explícito en el texto del artículo 67 de la Constitución de 1993 en estos términos: «El Estado determina la política nacional de ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales». La referencia del artículo 67 de la Constitución peruana al uso sostenible nos lleva directamente al concepto de desarrollo sostenible como fin esencial del Estado. En ese sentido, es relevante la creación del Ministerio del Ambiente, por Decreto Legislativo 1013, que aprueba la ley de creación, organización y funciones del Ministerio del Ambiente, como autoridad nacional del ambiente, que deberá ejercer la rectoría del Estado en esta materia y en las políticas públicas para asegurar «el uso sostenible, responsable, racional y ético de los recursos naturales y del medio que los sustenta», tal como declara el párrafo 3.2 del artículo 3 del Decreto Legislativo 1013.

En la legislación nacional el artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, Ley 28611, declara que: «Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección a la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquellos». Asimismo, establece que se puede interponer acciones legales aun en los casos en que

no se afecte el interés económico del accionante y prevé que el interés moral legitima la acción, aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia.

En relación con la naturaleza del derecho a la preservación del medio ambiente, debe subrayarse su naturaleza compleja, integrada por tres aspectos:

- a) De un lado es un derecho de autonomía personal, el de no ser perturbado en ese disfrute.
- b) De otro lado, se trata de un derecho prestacional, que obliga al Estado a la prevención, porque puede reclamarse a los poderes públicos que pongan a disposición de los titulares los bienes ambientales en condiciones adecuadas para el desarrollo de la persona.
- c) La obligación de preservar el ambiente se extiende a los particulares y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.

4. PREGUNTAS

1. ¿Qué se entiende por intereses difusos y por qué están legalmente protegidos?
2. ¿Cuáles son las obligaciones esenciales del Estado frente a los consumidores y usuarios?
3. ¿Cuáles son las condiciones básicas que debe tener la información para satisfacer las necesidades de los consumidores y usuarios?
4. ¿Cuál es la relación entre la protección del medio ambiente y la calidad de vida?

CAPÍTULO 5

LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

1. LA UNIDAD DEL MERCADO

Es un derecho de todo ciudadano reconocido por la Constitución (artículo 2, inciso 11) el domiciliarse donde mejor lo considere conveniente, así como trasladarse, cambiar de domicilio y circular de un lugar a otro o salir del país. Ese derecho individual se traslada al ámbito económico, lo que significa en la práctica la circulación de servicios, bienes y capital.

Junto a la propiedad, el mercado aparece como uno de los pilares en los que se fundamenta la constitución económica del Estado moderno. Si bien nuestra Constitución no se refiere al mercado en términos expresos, sí se hace referencia a la economía social de mercado y, en consecuencia, lo reconoce como el lugar en el que se realizan las transacciones comerciales.

En la defensa del normal funcionamiento del sistema económico, la legislación sobre la competencia económica, de indudable raíz constitucional entre nosotros, tiene como objeto principal cuidar de la unidad de mercado y de sus límites, eliminando las barreras interiores y favoreciendo la circulación de bienes y productos, esto es, impidiendo la fragmentación del mercado en función de opciones territoriales o regionales diversas. Ello deriva necesariamente en un derecho fundamental con posiciones jurídicas iguales para los ciudadanos en cuya virtud pueden proyectar su libertad empresarial. En este contexto, todos los peruanos

tienen los mismos derechos y obligaciones en todo el territorio nacional, lo que implica un límite preciso a la utilización del mercado como instrumento de creación de privilegios discriminadores.

2. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

2.1. Concepto y principales características

La economía social de mercado se basa en dos principios de liberalismo económico: el individualismo que postula la libertad del hombre y comprende el derecho de disponer libremente de su propiedad, y el principio de que la competencia económica es una vía adecuada para lograr el desarrollo. Se diferencia de ese liberalismo porque el mercado está organizado de manera consciente bajo un sistema de reglas o instituciones, con un objetivo determinado, sin por ello desconocer que la libertad es la que rige las decisiones económicas. Y, en segundo lugar, porque los objetivos sociales se encuentran en el mismo nivel que los objetivos económicos de la eficiencia, y porque fomenta la participación activa de los trabajadores en las empresas de cierta magnitud.

Considera que a la competencia le incumben funciones económicas importantes tales como la utilización productiva del trabajo y del capital; lo que genera beneficios sociales importantes, pues impide que se haga mal uso de la propiedad privada, la eficiencia económica y el abastecimiento óptimo del consumidor. La solidaridad que defiende presupone que el orden económico constituido no favorezca a un solo grupo, sino que las posibilidades de ganar o perder deben ser distribuidas más o menos equitativamente entre todos los grupos de la sociedad. Considera que solo entonces, si existen oportunidades iguales para todos dentro de las reglas de juego, el sistema económico será políticamente aceptado y defendido por todos los ciudadanos.

En síntesis, sus características fundamentales son las siguientes:

- El mercado y la competencia no deben ser concebidos como privilegio de los empresarios, sino como elementos para garantizar

- la libertad de los consumidores, empleadores y trabajadores y también como instrumentos para aumentar el rendimiento económico.
- Combate la formación de carteles y la concentración de poder económico, por lo que es pertinente una legislación antimonopolio, ya que de lo contrario pueden obstaculizarse sus objetivos y funciones.
 - El mercado y la competencia funcionan de manera óptima cuando el Estado establece normas claras e inequívocas por intermedio del sistema monetario y el ordenamiento jurídico, y no interviniendo en el proceso económico de manera permanente.
 - Lo anterior demanda un Estado fuerte e independiente de los grupos de poder económico. A ello debe sumarse un aparato administrativo y judicial independiente y libre de corrupción.
 - Su práctica se refuerza por dos principios: el de la solidaridad, que exige un equilibrio político social y la promoción del bien común, y el de subsidiaridad, en virtud del cual lo que el individuo o los grupos sociales pueden hacer por propia iniciativa no debe hacerlo el Estado.

2.2. Recepción en el Perú

Desde la perspectiva de nuestro derecho constitucional económico, la incorporación del concepto de economía social de mercado es reciente. Su aceptación mayoritaria en la actualidad no puede hacer olvidar que no fue fácil su inclusión en el texto de la Constitución de 1979. Después ha logrado aceptación general, pero su inclusión en la Carta vigente de 1993 fue prácticamente impuesta por la opinión pública, ante la renuencia del neoliberalismo promovido y representado por el fujimorismo en el llamado Congreso Constituyente Democrático de 1992.

La expresión «economía social de mercado» no tiene un contenido definido y preciso. Se trata de una cláusula abierta que ha tenido éxito

entre nosotros, y que nos hace entender que las reglas de la economía deben regirse fundamentalmente por los mecanismos que proporciona el mercado, pero también que el Estado tiene deberes ineludibles que cumplir. Así, debe hacer posible la concreción del derecho de los individuos y sus asociaciones a participar en la vida económica, propiciar un sistema competitivo, en el cual los actores tengan en sus manos las decisiones fundamentales, penalizando los abusos de las prácticas restrictivas, para beneficio en primer lugar de los consumidores, pero también de los agentes económicos y del propio sistema.

Pero dentro de esta concepción es también aceptado que el Estado tiene como rol brindar a todos los ciudadanos la posibilidad de tener unos ingresos básicos que le permitan subsistir y participar en la vida política y económica, así como también corregir las imperfecciones del mercado, y actuar cuando no lo hagan los agentes en forma eficiente, combatiendo la exclusión, a la cual puede empujar un sistema internacional injusto.

A ese rol debe agregarse, como obligación primera del Estado, la toma de decisiones encaminadas a la satisfacción de necesidades básicas concretas de todas las personas, para que puedan ejercer en igualdad de oportunidades sus derechos fundamentales y tener acceso a una vida digna; esto es, hacer realidad su derecho al bienestar constitucionalmente reconocido. Una fórmula de esta naturaleza es lo suficientemente amplia para amparar los cambios imprevistos propios de nuestro tiempo sin necesidad de introducir reformas constitucionales. En esta concepción existen, por tanto, mecanismos destinados a limitar la improvisación populista así como a tener flexibilidad para enfrentar los retos que nos plantea el mundo contemporáneo.

2.3. Su incorporación en la Constitución de 1993

La mención a la economía social de mercado se encuentra consignada en el artículo 58 del texto constitucional, que a la letra señala: «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».

Como puede apreciarse del texto, la iniciativa de los ciudadanos en materia económica y la libertad de empresa y de comercio son posibles de llevar adelante en una economía social de mercado. Este mandato es de gran importancia porque significa que las principales características de este modelo deben respetarse cuando se realicen actividades económicas. Pero el artículo 58 es además importante porque define cuál es el rol que juega el Estado en esta materia.

El Estado en nuestro país, salvo casos de excepción que veremos más adelante, solo orienta el desarrollo del país, lo que puede hacer a través de lineamientos de política en diversos ámbitos concretos y mediante una planificación indicativa, pero no obligatoria.

Pero el Estado puede además actuar, esto es, tener una presencia insustituible vinculada a la iniciativa regulatoria y cultural promoviendo el empleo, los servicios de salud, la educación en todos sus niveles, la seguridad y los servicios públicos e infraestructura, todas ellas actividades que requieren cuantiosos montos presupuestales, lo que tiene influencia —en algunos casos determinante— en las empresas vinculadas a esas actividades. Así, pues, la adopción del modelo de economía social de mercado no impide al Estado tener una actividad económicamente decisiva, de gran impacto en la vida de los ciudadanos.

A ello se agrega lo dispuesto en el artículo 59 de la Constitución, intitulado justamente «Rol económico del Estado», por el cual se obliga a estimular la creación de riqueza, y como tendremos ocasión de ver en un capítulo especial, garantizar la libertad de trabajo y la libertad de empresa. Sin embargo, el ejercicio de estas libertades no puede ser lesivo a la moral, a la salud ni a la seguridad públicas, límites perfectamente compatibles con las características del modelo constitucionalizado; y, por si hiciera falta, el Estado está autorizado, según el citado artículo 59, a intervenir para superar la desigualdad económica que sufren algunos ciudadanos frente a otros e incluso a sectores íntegros de la población que se encuentran

en situación disminuida. A esto se suma la promoción de pequeñas empresas en todas sus modalidades, es decir, de composición familiar, artesanal, cooperativas, individuales de responsabilidad limitada y, de llegar el caso, cualquiera de las sociedades mercantiles.

Por tanto, si bien el modelo de economía social de mercado garantiza la libertad económica y exige competencia, también permite el uso de diferentes herramientas que hagan posible la construcción del Estado social y democrático de derecho.

3. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es el significado de la unidad de mercado y cómo impacta en la conducta de los ciudadanos?
2. ¿Cuáles son las características esenciales de la economía social de mercado?
3. ¿Juega el Estado algún rol en dicha concepción o debe estar ausente?

CAPÍTULO 6

LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. LA LIBERTAD ECONÓMICA: ENCUADRE JURÍDICO

La libertad económica es uno de los grandes principios de orden económico de la civilización occidental e inspira todo el derecho patrimonial. Es, además, uno de los fundamentos más invocados por las constituciones económicas modernas y así lo ha sido también en las constituciones peruanas. Esa libertad económica ha evolucionado históricamente protegiendo en nuestros días a nuevos intereses, autónomos y diferenciales, que el capitalismo ha hecho emerger de forma progresiva: los de la empresa.

Con la enunciación de la empresa, abundante en la Constitución de 1979, y específicamente de la libertad de empresa, por primera vez en la vigente de 1993, nuestras constituciones agregan o incorporan a su nomenclatura tradicional, que se refería únicamente a la libertad de comercio e industria y no a la empresa, un fenómeno económico-jurídico mucho más moderno. El término «libertad de empresa» es ahora de uso generalizado y viene a sustituir comprensivamente a la tradicional «libertad de comercio e industria», pero dándole una riqueza y sentido de los que antes carecía. La fórmula actualizada de la libertad económica es pues, hoy día, la libertad de empresa.

Resulta fundamental el estudio de la libertad de empresa, pues en ella se sustenta la consecución de uno de los objetivos asignados al sistema

económico por la constitución vigente: la defensa de la competencia económica entre empresas en particular y agentes económicos en general, como vía adecuada para el logro de mejoras en el nivel de vida de los ciudadanos. Esa libertad no es absoluta, pues el texto constitucional vigente habilita a los poderes Ejecutivo y Legislativo para que intervengan con el propósito de garantizar, frente a los abusos en el ejercicio de la libertad cometidos por los particulares, la supervivencia de un sistema económico de mercado orientado a la protección del interés público, en el marco de la economía social de mercado. Este marco es el escogido para edificar y fortalecer el Estado democrático y social de derecho, con lo que se recupera el objetivo consensuado que estuvo incorporado en el artículo 4 de la Constitución de 1979, y que la mayoría del Congreso Constituyente Democrático que aprobó la Carta de 1993 habría preferido desterrar.

Nuestros textos constitucionales han reconocido históricamente el derecho individual a ejercer actividades económicas, asumiendo que ello repercutirá en beneficio de la sociedad, que será compatible con el interés público y que traerá bienestar a los ciudadanos.

2. LA LIBERTAD DE EMPRESA: NATURALEZA DEL DERECHO

Por la ubicación y contenido que la Constitución vigente da a la libre iniciativa —la que se confunde con la libertad de empresa—, esta tiene el carácter de derecho fundamental. En efecto, en su capítulo sobre principios generales, dice en su primer artículo, el 58: «La iniciativa privada es libre», y en el inciso 17 de su artículo 2, que toda persona tiene derecho «a participar, en forma individual o asociada, en la vida económica de la nación». A ello agrega, en su artículo 59, que el Estado garantizaba «la libertad de empresa, comercio e industria».

La libertad de empresa es la base sobre la que se construye el sistema económico constitucional. El reconocimiento unánime que los textos constitucionales hacen a la libertad de trabajo, esto es, el derecho que

tienen todos los ciudadanos para elegir la profesión o el oficio que deseen, comprende, justamente, el de actuar por cuenta propia, que será el supuesto elegido por el empresario. Y si a ese derecho a la libertad de trabajo se le adiciona el reconocimiento constitucional a la libre iniciativa de la persona en materia económica, nos encontramos con la libertad de emprender. De lo que se deduce que para comprender a cabalidad los alcances del derecho fundamental que es la libertad de empresa, debe de interpretarse siempre de manera sistemática con otros preceptos constitucionales.

La libre iniciativa dentro del capítulo o la sección «Derechos fundamentales» nos hace ver, en primer término, que se trata de un derecho de todos los ciudadanos, de un derecho subjetivo que el Estado y los poderes públicos tienen la obligación de respetar y garantizar para que sea real y efectivo; y como tal se trata de una *pretensión* que se puede exigir a quien tiene el deber correspondiente para hacer posible que se actúe de acuerdo a ella. Lo que significa que el titular del derecho podrá acudir a los tribunales de justicia cuando otro sujeto, público o privado, lesione ese derecho.

Para que la libertad de empresa se haga realidad necesita de una regulación promercado, entendida como antiburocrática y destinada a generar riqueza, a su distribución equilibrada y a servir al consumidor. Esa regulación está destinada a garantizar el funcionamiento del mercado, a supervisararlo, para evitar que el Estado tenga una intervención directa y quizá distorsionadora sobre el mismo. Pero la libertad de empresa no es un derecho ilimitado sino uno que debe ser regulado en su ejercicio de modo que cumpla con las condiciones que la propia Constitución le impone.

3. LA LIBERTAD DE EMPRESA: SU CONTENIDO ESENCIAL

El contenido esencial es aquella parte sin la cual el derecho pierde su peculiaridad, ineludiblemente necesaria para permitir a su titular la satisfacción de aquellos intereses que justamente ese derecho le otorga.

Constituyen su núcleo indestructible los siguientes ámbitos o aspectos esenciales:

- a) La libertad de creación de empresa y de acceso al mercado;
- b) La libertad de organización;
- c) La libertad de competencia;
- d) La libertad para cesar las actividades.

La libertad de empresa, como derecho fundamental, actúa tanto en la entrada al mercado como en su permanencia y solidez, pues es a todo el ciclo vital de la empresa al que se protege. No basta pues con la protección de un momento si en las demás fases de realización el ejercicio mismo de esa libertad está impedido. De otro lado, nuestra Constitución, en el primer párrafo de su artículo 60, señala que el Estado garantiza el pluralismo económico, al que entiende como la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa, y afirma que en ello se sustenta la economía nacional. Así, pues, la libertad de los empresarios en el Perú está garantizada cualquiera sea el tipo de empresa o de sociedad mercantil que escojan para sus actividades.

Por mandato constitucional —artículo 60— la actividad empresarial pública recibe el mismo tratamiento legal que la privada, con lo que —a diferencia de lo que ocurre en otros países— la libertad de empresa queda en principio, si no blindada, por lo menos protegida frente a las empresas públicas. No es este el caso, hay que advertirlo, de aquellas empresas que brindan servicios públicos, pues en algunos de estos casos no hay usualmente competencia, por tratarse generalmente de monopolios naturales, como la transmisión eléctrica o la distribución de agua potable en las ciudades.

Otra es la situación cuando se exigen condiciones subjetivas de admisión para acceder al mercado. Pasan desde la exigencia de títulos profesionales a diversos grados de solvencia financiera y calidades técnicas. Cuando se trata de obras públicas de magnitud, más aún cuando son financiadas con créditos provenientes de organismos internacionales

o de determinados países, la libertad de empresa puede quedar gravemente maltrecha si solo pueden participar en concursos o licitaciones las empresas del país prestamista o empresas con gran experiencia internacional.

La libertad de organización es el segundo ámbito esencial. La elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o clase de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, crédito y seguros, contratación de personal, política publicitaria, etcétera, son elementos centrales en la organización empresarial sobre los que decide el empresario y sus colaboradores; esa elección es, además, parte de la libre iniciativa. La simple mención de esas materias nos hace apreciar de inmediato que se encuentran casi todas parcialmente limitadas por normas diversas, las que son legítimas mientras respeten el derecho del empresario a ejercer o dejar de ejercer la actividad objeto de regulación. Así, por ejemplo, hay condicionantes urbanísticos y ambientales perfectamente razonables y normas que prohíben la publicidad engañosa que no son contrarias al contenido esencial de la libertad de empresa.

La libertad de competencia es el tercer ámbito esencial. La competencia no es solo un derecho, sino también una obligación en una economía de mercado; se le regula y protege por considerarla fundamental al sistema y beneficiosa para los empresarios, consumidores y la sociedad en su conjunto. Entre nosotros tiene consagración constitucional explícita: cuando señala que el Estado facilita y vigila la libre competencia, y combate las prácticas que la limiten y el abuso de posición de dominio (artículo 61).

La libertad de cese de la actividad es, finalmente, el último aspecto esencial. Natural resulta que quien crea una empresa la cierre en el momento que considere más oportuno; cuando considera, por ejemplo, que ya no cumple con el objeto y las expectativas con que fue creada. Esta formulación, en principio impecable, no es fácil de hacerla realidad en la práctica, pues debe hacerse mediante procedimientos jurídicos obligatorios dictados para protección de trabajadores, acreedores y terceros. La Ley General del Sistema Concursal 27809 ha sido modificada por el Decreto Legislativo 1050, señalando que su objetivo es «la recuperación

del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor». Los procedimientos concursales buscan crear un ambiente idóneo para la negociación entre acreedores y deudor que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración, o, en su defecto, su salida ordenada del mercado. El inicio e impulso del proceso corresponde a la parte interesada, siendo subsidiaria la intervención de la autoridad administrativa, que es la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI.

4. LÍMITES A SU EJERCICIO

El reconocimiento de un derecho, en el presente caso el de la libre iniciativa económica privada y el de la libertad de empresa, no significa nunca su ejercicio incondicionado. La realidad demuestra las muy variadas formas en que interviene la Administración: desde simples comunicaciones hasta autorizaciones, concesiones y la imposición de sanciones, requiriendo siempre de habilitación legal expresa cuando interviene discrecionalmente. Vista desde esta perspectiva, se nos aparece entonces la esencialidad de la libertad de empresa como un concepto indeterminado que habrá que precisar acudiendo a las circunstancias particulares de cada caso, obviamente bajo la recta aplicación de unos determinados criterios que faciliten su hallazgo.

No es pues materia polémica el reconocimiento de las facultades que tiene el Estado para llevar a cabo una ordenación o regulación en materia económica, sino el alcance y la profundidad de la misma. A este respecto conviene señalar, en primer término, que las actuaciones concretas que la Administración puede llevar adelante constituyen un listado casi interminable, y que pueden tener carácter constitutivo para el nacimiento económico de una empresa —cuando por ejemplo se requiere de autorización para el ejercicio de determinadas actividades— como también de carácter interno sobre la propia organización. En verdad, las

actuaciones concretas de la Administración se desarrollan a lo largo de toda la vida de la empresa en una muy amplia variedad de asuntos, utilizando técnicas y fórmulas distintas, y que puede dar lugar a una relación de bilateralidad. Y en ocasiones la Administración, mediante normas imperativas de obligado cumplimiento, determina no ya el contenido de la relación entre ella y la empresa, sino que tal intervención se proyecta a las actuaciones *inter privados* que ella realiza, como por ejemplo cuando determina precios o protege a los consumidores, pasando en cierta medida a ser parte de esas relaciones.

El artículo 59 de la Constitución vigente señala que el ejercicio de la libertad de empresa «no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas», lo que constituye un límite externo. Se trata, como todos sabemos, de conceptos jurídicos de difícil determinación, pero cabe afirmar que están referidos necesariamente a lo público, esto es, no pueden ser definidos desde el ámbito privado, pues ello significaría ingresar a una subjetividad generadora de inseguridad jurídica.

5. PREGUNTAS

1. ¿Es la libertad de empresa un derecho fundamental?
2. ¿Por qué se dice que la «libertad de organización» forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa?
3. ¿De qué manera puede intervenir el Estado en la vida de una empresa?

CAPÍTULO 7

LA LIBERTAD DE COMERCIO

1. GENERALIDADES

La principal norma de desarrollo constitucional de la libertad de comercio exterior e interior en el Perú es el Decreto Legislativo 668, expedido en septiembre de 1991, antes de la entrada en vigor de la actual Constitución y que en su artículo 1 declara que el Estado «garantiza la libertad de comercio exterior e interior como condición fundamental para lograr el desarrollo del país» y en su artículo 3 afirma que el Estado «promueve las actividades necesarias para el desarrollo del comercio exterior e interior, incluyendo la infraestructura vial, de telecomunicaciones, puertos, aeropuertos, almacenes y otros similares». En el artículo 4 dispone la eliminación y prohibición de «todo tipo de exclusividad, limitación y cualquier otra restricción o práctica monopólica en la producción y comercialización de bienes y prestación de servicios de toda clase».

Esta disposición fue meses más tarde complementada con la Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, aprobada mediante Decreto Legislativo 701, expedido en noviembre de 1991, y que en la actualidad ha sido sustituido por el Decreto Legislativo 1034, de junio de 2008, que es de aplicación —dice en su artículo 4— «a las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional,

aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero». Esta disposición se complementa con el Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Competencia Desleal. En su artículo 1 señala como su finalidad reprimir: «todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo», proceso este último que solo puede llevarse a cabo mediante el comercio, entendido en su sentido más amplio, lo que tratamos más extensamente en el capítulo referente a la competencia económica.

Los mencionados principios se encuentran vigentes y constituyen la expresión de la política de comercio internacional del Perú, consolidada en el artículo 63 de la Constitución de 1993 que proclama como principio rector del Régimen Económico la libertad de comercio exterior.

2. EL COMERCIO INTERIOR

La libertad de comercio interior está reconocida en el artículo 59 de la Constitución, el que prevé que el ejercicio de la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria está garantizada por el Estado pero que no debe ser lesivo a la moral, la salud y la seguridad públicas. Se legitima, por tanto, que la ley faculte a la Administración para intervenir en esos aspectos. Además, estas limitaciones deben considerarse ampliadas para la tutela del interés general: la defensa de los intereses de los consumidores conforme al artículo 65 de la Constitución peruana de 1993, en particular la salud y la seguridad de la población, por ejemplo, en la garantía sanitaria, en el resguardo de la calidad y del origen de los productos.

El régimen del comercio interior es competencia exclusiva del Gobierno Nacional, conforme al literal h) del artículo 26.1 de la Ley de Bases de la Descentralización, Ley 27783, que establece que es competencia exclusiva del Gobierno Nacional el régimen de comercio. El Decreto Legislativo 1047, de junio de 2008, por el que se aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, ha determinado que este será competente en materia de comercio interior,

a través del Viceministro de Industria y Comercio. Sin embargo, estas competencias son compartidas con los Gobiernos Regionales y Locales, y deben —según el artículo 14 del antes mencionado Decreto Legislativo— coordinar «con los gobiernos regionales y locales la implementación de las políticas nacionales y sectoriales y la evaluación de su cumplimiento». A nuestro juicio, la competencia del Gobierno Nacional para regular en esta materia es concordante con sus responsabilidades constitucionales sobre la unidad del mercado y el principio de igualdad ante la ley.

Sin perjuicio de ello, hay diversos aspectos del comercio interior a cargo de las Municipalidades, tales como la ordenación urbanística, la licencia de apertura de establecimientos de diversa índole, comercialización de alimentos, mercados, etcétera.

3. LA LIBERTAD DE COMERCIO EXTERIOR

El artículo 63 de la Constitución peruana de 1993 declara que: «La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas».

En nuestro ordenamiento debe subrayarse la importancia del antes mencionado Decreto Legislativo 668 que, con la finalidad de promover las transacciones comerciales, preceptúa en el artículo 12 que: «el Estado garantiza el derecho de toda persona natural o jurídica a realizar operaciones de comercio exterior sin prohibiciones ni restricciones paraarancelarias de ningún tipo, quedando por lo tanto sin efecto las licencias, dictámenes, visaciones previas y consulares, registros de importación, registros de cualquier naturaleza y condicionamientos previos de cualquier naturaleza que afecten la importación o exportación de bienes». Sin embargo, el artículo 15 dispone que el Estado garantiza la adopción de medidas destinadas a evitar y corregir las distorsiones creadas por las prácticas de competencia desleal en el comercio internacional, tales como *dumping* y subsidios.

4. COMPETENCIA DEL GOBIERNO NACIONAL EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR

La competencia del gobierno nacional en materia de comercio exterior está directamente relacionada con la misión constitucional del Estado de orientar el desarrollo del país, prevista en el artículo 58 de la Constitución. Asimismo, el inciso 20 del artículo 118 de la Constitución establece que es atribución del presidente de la República 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.

En efecto, por Ley 27790, de julio del 2002, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo se dispone que este define, dirige, ejecuta, coordina y supervisa la política de comercio exterior, con excepción de la regulación arancelaria, contando con un despacho viceministerial de Comercio Exterior, y es de su responsabilidad la promoción de las exportaciones y las negociaciones comerciales internacionales.

5. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

En 1994 se constituyó la OMC, Organización Mundial del Comercio, y se acuñaron una serie de principios rectores del comercio internacional: no discriminación, no crear obstáculos innecesarios al comercio, transparencia, entre otros, previéndose además mecanismos para la solución de controversias a través de arbitrajes y la creación de un órgano para la solución de diferencias. La OMC es presentada como un sistema de gobierno y regulación del comercio internacional necesario para facilitar el desarrollo económico mundial. Son parte de la misma prácticamente todos los países del mundo.

Son fines de la OMC: (i) Reducir los obstáculos al comercio; (ii) Reducir los aranceles aduaneros; (iii) Eliminar el trato discriminatorio en el comercio internacional; (iv) Contribuir al mejoramiento de los niveles de vida; (v) Lograr el pleno empleo; (vi) Aprovechar en forma óptima los recursos mundiales, de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible; (vii) Desarrollar la producción; (viii) Acrecentar el intercambio de mercaderías y servicios; (ix) Fomentar el desarrollo económico; y (x) Solucionar pacíficamente los conflictos internacionales.

En el Perú, mediante la Resolución Legislativa 26407, vigente desde el 1 de enero de 1995, se aprobó el «Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC) y los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Acta Final de la Ronda Uruguay», suscrita en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

En el marco de la OMC, rige el acuerdo antidumping que permite la protección de los productores nacionales mediante derechos *antidumping*, con la finalidad de aproximar el precio de importación del producto similar del que tendría si este fuera importado al mismo precio que tiene para la venta en su mercado de origen.

Asimismo, dentro de la OMC existe el acuerdo sobre salvaguardias, cuya finalidad es proteger a los productores nacionales por el significativo aumento de importaciones que puedan causar un grave daño a los productores nacionales. También se prevé protección contra las subvenciones mediante el Acuerdo sobre subvenciones o medidas compensatorias de la OMC.

6. COMERCIO ELECTRÓNICO

Como es de conocimiento general, un número cada vez mayor de personas utiliza computadoras, no solo para la búsqueda e intercambio de todo tipo de información, sino también para la realización de operaciones comerciales, sea con entidades o empresas del sector público o privado, nacionales o internacionales. Desde el punto de vista de la protección

de los derechos de los consumidores y usuarios, interesan las transacciones comerciales electrónicas, esto es, la compra venta de bienes o la prestación de servicios, en especial las negociaciones previas y otras actividades ulteriores relacionadas con las mismas.

El comercio electrónico, basado en Internet, se caracteriza por efectuarse sin necesidad de acuerdos bilaterales previamente negociados y entre partes que no necesariamente mantienen relaciones estables, generando nuevas oportunidades de negocio, reducción de costos y una mayor rapidez en los actos de consumo, todo lo cual puede favorecer a los consumidores y usuarios. Pero ello puede también generar riesgos sobre cuestiones jurídicas esenciales como la validez y la eficacia de las transacciones electrónicas, la problemática referente al perfeccionamiento del contrato y la responsabilidad entre los sujetos intervinientes, así como la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente. Es difícil poder aplicar a esta nueva realidad tecnológica y comercial los conceptos tradicionales del derecho vinculados a la contratación.

El navegante-comprador por internet, llamado ciberconsumidor, realiza sus operaciones aceptando ofertas que se muestran sobre soportes ajenos al papel y cuyas intenciones de contratar se revelan a través de formas digitales, respuestas declaradas por impulsos electrónicos, y se concluyen los contratos «en almacenes virtuales sin interesar el espacio físico, el idioma y la distancia». Nuestra legislación no regula el comercio electrónico en forma específica y, en caso de conflicto, el INDECOPI podrá, haciendo uso del decreto legislativo sobre protección al consumidor, imponer a los proveedores diversas sanciones y medidas correctivas.

Para que las personas puedan adquirir o intercambiar los bienes y servicios que se ofrecen a través de la Internet se requiere de un contrato para cuya validez se requiere que estén presentes todos los elementos esenciales del mismo y del acto jurídico. El artículo 141 del Código Civil, tal como fue modificado por la Ley 27291, establece que cualquier manifestación de voluntad expresa puede realizarse por cualquier medio directo, entre ellos el electrónico, aplicándosele las reglas de la contratación

privada. Ello no significa que este tipo de contratación por las razones anotadas más arriba no tenga especiales dificultades, razón por la cual la doctrina mayoritariamente postula la incorporación en todos los países de reglas comunes o la suscripción de un tratado o convención de comercio electrónico, lo que permitirá muy probablemente la remisión de los conflictos a tribunales jurisdiccionales, supranacionales o mundiales. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la aparición y auge del comercio electrónico constituye una clara señal de que la contratación paritaria en la cual los contratantes negocian el contenido del contrato es una excepción y que la regla en el intercambio de los bienes y servicios es la contratación masiva, la contratación predispuesta o estandarizada, que se hace más notoria y evidente cuando se realiza por medios electrónicos.

7. PREGUNTAS

1. ¿Se encuentra expresamente reconocida en nuestra Constitución la libertad de comercio?
2. ¿Cuál es el rol del Estado en las prácticas vinculadas al comercio exterior?
3. ¿Quién tiene facultad para establecer tarifas arancelarias?
4. ¿Es el Perú miembro de la Organización Mundial de Comercio?

CAPÍTULO 8

LA COMPETENCIA ECONÓMICA

1. INTRODUCCIÓN

La normativa protectora de la libre competencia tiene como finalidad esencial garantizar el correcto funcionamiento de la economía social de mercado, reprimiendo las actuaciones empresariales lesivas a ese objeto. Hay que recordar que se trata de un conjunto normativo relativamente reciente (la primera ley en la materia se promulgó en Canadá en 1889), propio del estado de desarrollo económico y jurídico alcanzado por los países desarrollados, pero que hoy se extiende por casi todo el mundo. Actúa como medio de autocorrección del sistema capitalista a través de un conjunto de normas que más adelante enunciaremos. Pero es fruto también de la lucha de los demócratas para combatir los grandes conglomerados económicos, las prácticas monopolísticas y la deslealtad en la vida económica, con el propósito de hacer posible el acceso al mercado a los nuevos operadores, dando igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos.

Porque, «todo el sistema jurídico del derecho de la competencia, visto desde la perspectiva del derecho público, no consiste en otra cosa que en llevar los derechos fundamentales al propio seno de la sociedad civil y muy especialmente al principio y derecho de igualdad. No es cierto que los derechos fundamentales sean ya derechos solamente contra el poder.

También pueden ser violados dentro de la propia sociedad civil. Y ahí, precisamente, aparecen las reglas de la competencia» (Suárez Llanos, 1989, p. 37). Su naturaleza es de orden público-económico y su carácter de freno y limitativo de descontroles, a la vez que orientador de las conductas de los agentes económicos. Es falso que el mercado pueda cuidarse a sí mismo. Un sistema económico abandonado a sí mismo destruiría la competencia. De ahí surge la afirmación: «el mercado exige Estado». Si el mercado se cuidara a sí mismo acabaría en un caos en el cual las conductas anárquicas o las que solo buscan el privilegio personal acabarían imponiéndose, derogando implícitamente el principio y mandato constitucional de igualdad. Y es así que la regulación en esta materia no solo debe ser pro-mercado, sino encausarse bajo el imperio del «Estado de derecho», lejos de la arbitrariedad y el subjetivismo, con aplicación de los principios de legalidad, responsabilidad administrativa y protección jurisdiccional de los derechos. De lo contrario, el Estado terminaría recortando o suprimiendo libertades y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

2. COMPETIR NO ES SOLO UN DERECHO, ES UNA OBLIGACIÓN

El sistema económico constitucionalizado debe hacer viable la competencia económica libre y leal. Si el agente económico no lo cumple, el individuo o las empresas deberán ser sancionados. La libertad de competir tiene, entonces, límites. Y el conjunto de normas destinado a ese fin no solo persigue el objetivo económico de promover la eficiencia y la competitividad, sino además el fin democrático de impedir la concentración de riqueza y lograr, hasta donde ello sea posible y conveniente, la igualdad de los ciudadanos en un ambiente en el que reine la libertad.

La libertad de competencia es una facultad inderogable del empresario y motor del sistema económico de mercado. No es solo un derecho, sino también una obligación, que entre nosotros tiene consagración constitucional tanto implícita como explícita: la primera cuando en su

artículo 58 señala que la iniciativa es libre y se ejerce en una economía social de mercado, y cuando en el artículo 59 garantiza la libertad de empresa; y explícita cuando en su artículo 61 afirma que el Estado facilita y vigila la libre competencia, y combate las prácticas que la limiten y el abuso de posición de dominio. Se trata de una libertad integrada, tanto por las denominadas libertades económicas (establecimiento y circulación de bienes, capitales y personas), como por las jurídicas (la contractual, por ejemplo); esto es, libertad de iniciativa y de organización y, a su vez, manifestación de la autonomía de la voluntad contractual.

3. LA COMPETENCIA ECONÓMICA

3.1. Nociones de concurrencia y competencia

Empleamos con frecuencia y en variados sentidos la palabra competencia. Pero siempre, en todos los casos, conlleva la idea de lucha y de esfuerzo frente a otros. E implícitamente de ganancia o de pérdida, de victoria o de derrota. Y también de riesgo, de obstáculos a superar en un mundo cambiante que exige y que plantea retos y demandas que es necesario enfrentar. Pero competencia y concurrencia no son conceptos iguales ni expresan lo mismo. Concurrencia, en términos económicos y jurídicos, es la junta de varias personas o empresas en el mercado, el poder o facultad de acudir a este. Tiene una connotación cercana a la de acceso al mercado. Competencia es oposición, rivalidad, lucha en el mercado entre dos o más que a él acuden o que ahí ya están; mientras que la concurrencia hace referencia a la pluralidad de empresarios oferentes de bienes o servicios en el mercado.

3.2. Daño concurrencial

El régimen de competencia está basado en la licitud del daño concurrencial, pues resulta inevitable que el competidor, en el desarrollo normal y legítimo de su actividad, cause un perjuicio «lícito» a los concurrentes. En el desarrollo de la pretensión de cada empresario de captar para sí

un comprador, no solo aspira a realizar una transacción comercial, sino que persigue conservar a ese comprador concreto como cliente de su empresa pensando en futuras compras.

3.3. Competencia prohibida y competencia desleal

La competencia ilícita tiene dos manifestaciones: la competencia prohibida y la competencia desleal. En la competencia prohibida existe la obligación legal de abstenerse, esto es, los agentes económicos no pueden desarrollar una actividad concreta, sea por mandato de la ley o por un contrato. Lo ilícito, entonces, resulta ser la concurrencia al mercado. Ocurre ello cuando por ley se crean monopolios estatales (lo que no es posible de acuerdo a la actual Constitución según su artículo 61, pero que ocurrió con frecuencia anteriormente); también, cuando la administración otorga concesiones en exclusividad, usualmente referidas a servicios públicos; o cuando se imponen determinados requisitos para el ejercicio de una profesión, entre otros casos. La obligación de abstenerse de participar en una actividad económica puede también tener origen en un convenio, como es el caso de algunos contratos de distribución o de licencia, en virtud de los cuales una de las partes debe abstenerse de competir para garantizar el cumplimiento de la obligación principal. En la competencia desleal, en cambio, la actividad es en sí misma lícita y permisible, y está únicamente prohibido ejercerla por determinados medios reprobables que la ley castiga.

3.4. Competencia imperfecta

Es el modelo de competencia imperfecta el que, con mayor o menor intensidad de sus elementos integradores, existe en la realidad. En él hay libertad de acceso al mercado y multiplicidad de empresarios, pero también posiciones dominantes que crean o tratan de crear situaciones de monopolio u oligopolio. Tampoco hay siempre homogeneidad de productos o servicios y, por tanto, en muchos casos, no son sustituibles. La diferenciación se debe en proporción importante a los sistemas

de mercadeo, a la publicidad y a los derechos intelectuales que justamente persiguen esa diferenciación con el propósito de atraer clientela. Es preciso recordar que esa diferenciación es en muchos casos artificial. El modelo de competencia imperfecta se caracteriza también por la presencia de grupos económicos que controlan directa o indirectamente la oferta, la demanda y los precios, lo que se manifiesta especialmente en el plano negocial, esto es, en los contratos de adhesión y cláusulas predeterminadas. En este modelo se produce una tendencia a la concentración empresarial, cuya máxima expresión son las llamadas empresas multinacionales, las que gozan de gran poder, el que con facilidad puede devenir en abusivo, haciendo difícil el acceso al mercado y el funcionamiento libre de las fuerzas de la oferta y la demanda. Finalmente, hay siempre una presencia del Estado, regulando la vida económica en forma más o menos intensa, aunque con el fenómeno de la globalización se ha debilitado en algunos sectores específicos, como el financiero.

Este modelo de competencia imperfecta es el que ha llevado al Estado a promover la competencia donde ella sea posible, utilizándose a ese efecto el concepto de «competencia practicable o efectiva», en la medida en que se la concibe como un proceso dinámico que debe adaptarse a las circunstancias cambiantes de mercado, asumiendo y realizando el progreso tecnológico, lo que no se da en forma uniforme, sino en determinadas empresas y en mercados individuales. No existe, por cierto, unanimidad sobre las medidas a adoptarse para promoverla, habiendo variadas respuestas económicas e ideológicas al respecto, pero es prácticamente unánime la aceptación de una legislación protectora de la libre competencia.

3.5. Noción de mercado

Mercado, al igual que competencia, es un término extraído de la ciencia económica. Se utiliza generalmente como lugar de encuentro entre la oferta y la demanda respecto a una determinada mercancía o servicio; lugar en el cual los consumidores se hacen clientes, esporádicos o permanentes, de algún vendedor de mercancías o de servicios. Su funcionamiento

es apolítico y sin referencia a valores morales. El mercado es un mecanismo de información y en esa dimensión técnica resulta neutral —ni solidario, ni insolidario—. El funcionamiento del mercado exige una determinada estructura política y jurídica, esto es, una serie de presupuestos institucionales ofrecidos por el derecho privado, civil y mercantil: libre determinación de los factores productivos, libertad de acceso, libertad de contratación, libre competencia, libertad de apropiación del beneficio empresarial, libertad de los consumidores, etc. Estos presupuestos, como la realidad nos muestra cotidianamente, no se suelen dar con plenitud sino a través de un modelo de competencia imperfecta que, en ocasiones, obliga a una acción correctora por parte del Estado, lo que da lugar a un intervencionismo administrativo y a la aplicación de sanciones previstas en el derecho de la competencia y a veces en el derecho penal. A ello se agrega la existencia en los mercados de numerosas autoridades de vigilancia y fiscalización, con poderes reguladores y sancionadores.

4. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

El reconocimiento constitucional a la competencia económica es reciente, pues aparece en la Carta de 1979 y se ratifica en la vigente. El reconocimiento que hace el artículo 58 de la Carta de 1993, en el sentido de que la libre iniciativa privada se ejerce una economía social de mercado, así como la del artículo 59 de la misma Carta, en virtud del cual el Estado se compromete a estimular la creación de riqueza y a garantizar la libre empresa, son reconocimientos indirectos, pero indiscutibles a la competencia económica. Como se sabe, una economía de mercado es irreconocible si en ella no hay competencia económica, la que forma parte además del núcleo esencial de la libertad de empresa. No sería entendible tampoco el reconocimiento del artículo 60 a las diversas formas de actividad empresarial si no existiera competencia económica. A todo ello se agrega el reconocimiento a la libertad de contratar del artículo 62, así como la declaración de que la producción de bienes y servicios y el

comercio exterior son libres, tal como lo hace el artículo 63; nada de ello sería posible sin la libertad para competir.

Pero es evidente que el artículo más importante en esta materia es el 61, que a la letra señala: «el Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios». Si hubiera podido existir alguna duda con los artículos citados más arriba, por este artículo 61 toda duda se disipa, y queda así no solo reconocida la existencia de la libre competencia económica, sino la obligación del Estado de facilitarla y de vigilarla, así como también de sancionar los abusos que se consideren a ella contrarios. Como veremos a continuación, es a través de leyes específicas que se ha señalado cuáles son los actos o conductas ilícitos que merecen sanción.

5. DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y SANCIONES FRENTE A SUS ABUSOS

El concepto de abuso de derecho ha adquirido una gran importancia para encuadrar jurídicamente el abuso de posición dominante, la deslealtad y otras manifestaciones ilícitas en el ámbito del derecho de la competencia, pues se considera que todas ellas son manifestaciones del abuso que hacen los individuos y las empresas del derecho constitucional a la iniciativa económica y a la libertad de empresa.

El derecho de la competencia está dividido en dos grandes disciplinas, la de la competencia desleal (Decreto Legislativo 1044) y la defensa de la competencia o *antitrust* (Decreto Legislativo 1034); las disciplinas de la publicidad comercial y del comercio interior se encuentran integradas a la disciplina de la competencia desleal, las que tienen una recíproca función complementaria. Las acciones administrativas se inician a pedido de parte o de oficio ante el INDECOPI.

5.1. La competencia desleal

Existen diversas opciones para definir la deslealtad, lo que manifiesta su relatividad. Así, para el Diccionario de la Real Academia Española, desleal es el que obra sin lealtad, y leal es ser «fidedigno, verídico, legal y fiel, en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo». En el ámbito económico se trata de obrar con honorabilidad y honradez frente a los competidores y los consumidores. Para determinadas actuaciones el juicio condenatorio varía según el lugar y el tiempo, pues se trata de una noción relativa a la época, al país y al estamento social, sin por ello dejar de tener un fondo moral común. En otras palabras, siempre han formado parte del contenido sancionable de la disciplina la maniobra fraudulenta o la conducta que implique engaño, pero sus manifestaciones asumen en el tiempo modalidades distintas.

Cuando hablamos entonces de deslealtad nos referimos a un tipo de actividad que persigue la atracción y captación de compradores y contratantes —la formación, consolidación o incremento de la clientela— utilizando medios tortuosos que la conciencia social reprueba, que permiten potenciar a la empresa propia para debilitar a las rivales, pero que, además, y ello es de gran importancia, es contraria a los principios rectores de la actividad económica incorporados en la Constitución o en las leyes defensoras de la competencia.

El Decreto Legislativo 1044 dice en su artículo 1 que tiene por finalidad reprimir «todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo». Y señala el artículo 6.2 que «un acto de competencia desleal es aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado». Cabe puntualizar que para calificar un acto como de competencia desleal no se requiere acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso; solo basta el perjuicio potencial al competidor, a los consumidores o al orden público económico.

La ley peruana incluye una cláusula general prohibitiva seguida de una enumeración de supuestos concretos de comportamientos sancionables. La cláusula general¹ establece la prohibición en forma tal que permite incluir supuestos no específicamente previstos. Dentro de los supuestos concretos se encuentran los actos de engaño; los actos de confusión, denigración, violación de secretos empresariales, sabotaje, explotación de la reputación ajena, así como los actos desarrollados mediante la actividad publicitaria.

5.2. La publicidad engañosa

La finalidad de la publicidad en el ámbito económico radica en promover la contratación de bienes y servicios. Se trata de un fenómeno de gran importancia en las sociedades modernas que demanda respuestas jurídicas. La publicidad establece una comunicación colectiva entre el anunciante y el público. El emisor o anunciante tiene interés en que se conozcan las características y el precio de sus productos y servicios, y los destinatarios en obtener información para realizar una correcta opción de compra. Es por ello que el mensaje publicitario se refiere a hechos que son de interés para los destinatarios, suministrando información acerca de las diversas oportunidades comerciales que se presentan. Cabe advertir que todo mensaje publicitario tiene en distinta proporción un contenido informativo y uno persuasivo, y suele ser mayor este último. Como es obvio, la comunicación publicitaria influye en el campo de la competencia económica y en el de la contratación.

En el Decreto Legislativo 1044, Ley de represión de la competencia desleal, reconoce en su artículo 19.1. que «el desarrollo de la actividad publicitaria permite el ejercicio de la libertad de expresión en la actividad empresarial y es vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza

¹ Decreto Legislativo 1044, Artículo 6º, Cláusula general, 6.1: «Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten».

la Constitución Política del Perú». Por cierto, el ejercicio de esa libertad empresarial no puede significar la realización de actos de competencia desleal, que puedan afectar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo o el derecho de los consumidores y usuarios a una información adecuada sobre bienes y servicios. Teniendo en cuenta el reconocimiento anterior, la publicidad no requiere de aprobación o autorización previa por parte de la autoridad alguna, y es de aplicación el dispositivo legal únicamente para aquella que ha sido difundida en el mercado.

Ahora bien, los anunciantes y los consumidores están en condiciones de desigualdad, pues los primeros cuentan con una información muy superior a los segundos. Por tal motivo, las normas que regulan la publicidad buscan que esa desigualdad no sea tan acentuada con el objeto de proteger a los consumidores. La calidad de la información a transmitirse y la forma en que se plantea la persuasión son el fondo común sobre el que se construye la regulación jurídica en esta materia. Cabe advertir, sin embargo, que la autorregulación publicitaria puede ser de gran importancia y más exigente que el estándar legal, pero para su aplicación requiere de un sometimiento o aceptación libre por parte de todos los participantes en esta actividad.

5.3. Las prácticas colusorias y abuso de posición de dominio (derecho *antitrust*)

El Decreto Legislativo 1034 de junio del 2008 en su artículo 1 señala que tiene por finalidad prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas con el objeto de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. Es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas, con o sin fines de lucro, esto es, que oferten o demanden bienes o servicios en el mercado. La norma es también de aplicación a los gestores, directores o los que tengan la representación de aquellas personas.

De conformidad con esa disposición, están prohibidos y serán sancionados los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo tal que se generen perjuicios para el interés económico general en el territorio nacional. Como puede apreciarse, los objetivos, el ámbito de aplicación y las prohibiciones se enmarcan dentro de los mandatos de la constitución económica.

Por ejemplo, son prácticas prohibidas y restrictivas a la libre competencia los acuerdos, decisiones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia, tales como la fijación concertada de precios, la limitación concertada de la producción, el reparto concertado de clientes o proveedores, la aplicación concertada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, etcétera.

El abuso de posición dominante es sancionado en los artículos 6 y 7 del Decreto Legislativo 1034. Se entiende por posición de dominio cuando un agente económico puede actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como su participación en el mercado respectivo, las características de la oferta y la demanda correspondiente, el acceso a redes de distribución, entre otros factores. Para analizar el mercado relevante deben tenerse en cuenta las características del producto o servicio comprometido y determinar el ámbito potencialmente afectado. Las empresas abusan cuando actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros competidores, o a los consumidores y usuarios, que no hubieran sido posibles de no existir posición de dominio.

6. PREGUNTAS

1. ¿Por qué competir no es solo un derecho sino una obligación?
2. ¿Qué se entiende por «daño concurrencial»?
3. ¿Cuáles son las disciplinas que conforman el derecho de la competencia?

CAPÍTULO 9

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD Y LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

1. LA SUBSIDIARIDAD DE LA INICIATIVA PÚBLICA

En la Constitución de 1993 el fundamento del sistema económico constitucionalizado se encuentra en el derecho a la libre iniciativa y a la libertad de empresa, en el marco de una economía social de mercado. Se trata de un derecho subjetivo, íntimamente ligado a la libertad de trabajo, el derecho de propiedad y la libertad de contratación, que los ciudadanos y los poderes públicos tienen la obligación de respetar y garantizar para que sea real y efectivo. Pero no se trata de un derecho subjetivo absoluto, pues suele necesitar de una intervención reguladora para que de continuo se restablezcan las condiciones de igualdad que exigen las democracias modernas, entre sujetos que son, como lo demuestra la vida diaria, básicamente desiguales, tanto en lo emotivo, lo físico y lo económico.

Si la libertad de empresa es la regla, la intervención empresarial del Estado debe ser entonces la excepción. En nuestra constitución económica aparece con claridad que el sistema económico se asienta en el ejercicio de la libertad de empresa, no en la creación y desarrollo de empresas públicas o estatales. Así, en caso de que estas se crearan, deberán competir en igualdad de condiciones con las privadas, sin privilegio alguno. El artículo 60 de la Constitución reconoce en su primer párrafo este régimen de paridad o de igualdad jurídica en los

siguientes términos: «El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa». Este régimen plural no significa que la actividad empresarial sea producto de una forma de actuación similar al ejercicio de un derecho sino que se enmarca dentro del deber de subsidiaridad previsto en el segundo párrafo del artículo 60.

El principio de subsidiaridad significa que los ciudadanos deben por su propio esfuerzo e iniciativa realizar todas las actividades económicas, con los límites claro está que el propio ordenamiento señala. Y solo en caso de que la actividad privada no estuviera presente o que el mercado no pudiera satisfacer necesidades esenciales, puede autorizarse al Estado mediante ley a intervenir directamente como empresario.

La Constitución, en el segundo párrafo del artículo 60, declara que: «Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional». En ese sentido, la Constitución exige la satisfacción de un interés general «cierto y prevalente» o de utilidad nacional como fundamento de la iniciativa pública. La apreciación de las circunstancias de interés público o de utilidad nacional corresponde al Congreso de la República.

Sobre la subsidiaridad de la iniciativa pública debe citarse el Decreto Legislativo 1031 de junio del 2008, cuyo objeto es promover la eficiencia en la actividad empresarial del Estado y cuyo ámbito de aplicación comprende a todas las empresas comprendidas en el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado-FONAFE. Señala ese decreto, expresamente, que dicha actividad «se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada», lo que es concordante con el mandato constitucional. Estas empresas del Estado podrán contar con accionariado privado en porcentaje minoritario.

En el dispositivo citado se hace referencia también a los recursos, gestión y control de dichas empresas.

De otro lado, en el Decreto Legislativo 1044 sobre represión de la competencia desleal, artículo 14.3, se estipula que toda actividad empresarial desarrollada por una empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución constituirá un acto desleal por violación de normas, especificándose que —al contrario de los casos que caen en este supuesto— no se requerirá acreditar que la empresa estatal ha adquirido por esa actuación una ventaja significativa frente a sus competidores, lo que significa una calificación más severa para la empresa estatal. Parecería entonces que los decretos legislativos 1031 y 1044 persiguen no solo delimitar la actuación de empresas estatales, sino desaparecerlas o hacer muy difícil su permanencia en el mercado. Sin embargo, consideramos que la correcta interpretación de la norma obliga a entender que corresponderá siempre al legislador la calificación de la actividad como subsidiaria, por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, no correspondiendo a ningún órgano administrativo la revisión de esa calificación.

2. LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Existen muchas definiciones sobre lo que se entiende por regulación en el ámbito económico-jurídico. Así, por ejemplo, Ariño indica que regulación «es aquella actividad normativa en la que el Estado condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos de la actuación de los agentes económicos. En este tipo de actuación se inscribe la legislación laboral, industrial, medioambiental, arancelaria o de regulación económica» (Ariño, 1993, p. 50). A continuación, Ariño hace una distinción usual en España que también nos podrá servir; en efecto, esa regulación puede ser externa, como la correspondiente al medio ambiente, es decir, cuando no entra al interior de la actividad ni predetermina las decisiones

empresariales, pero puede también ser interna, denominada de «regulación económica», cuando afecta a los sectores intervenidos, como es el caso de gestión de servicios públicos por empresas privadas, donde se ingresa a aspectos como los precios o el *quantum* de producción. Y afirma a este respecto que, en su opinión, nadie ha puesto en duda la necesidad de la primera, que muy probablemente se intensificará en el futuro, pero sí está puesta en cuestión la segunda, fundamentalmente en cuanto a los fines que con ella se buscan.

La regulación debe entenderse como un «proceso dinámico de corrección», una dirección guiada, en el cual se imparten «órdenes» que se aceptan como legítimas y correctas, es decir, un proceso de ajuste de intereses públicos y privados, cuyos resultados no están determinados por adelantado. En este proceso, el regulador empleará en proporción cambiante normas o directivas e incentivos diversos, cuya eficacia deberá determinarse por actividad o caso por caso.

Ahora bien, las tendencias actuales coinciden en que el uso de la regulación debe «ser como un instrumento al servicio del mercado, y no como su sustituto», es decir, buscan que no exista un intervencionismo excesivo y contraproducente, que la regulación económica deba ser «conforme al mercado», es decir, una regulación pensada para favorecer el funcionamiento de los mercados, y no para alcanzar objetivos políticos. Pero resulta imposible soslayar que toda regulación en el ámbito económico es siempre, por definición, un sustituto del mercado. Esto es, en una sociedad que ha escogido como modelo el de una economía de mercado, en el que la competencia juega un rol fundamental, las características de la regulación económica deben estar orientadas a obtener los efectos benéficos y estimulantes que aquel produce, exigiendo lealtad, estándares de calidad y de seguridad, favoreciendo el mayor flujo informativo, castigando la publicidad engañosa, etcétera y, en lo demás, dar paso a la iniciativa y a la libertad empresarial, para la más eficiente gestión de las empresas. La regulación debe ir, entonces, en el sentido de que, más que controlar a los operadores económicos, lo que debe es protegerse a la sociedad, sobre todo

cuando se trate de actividades vinculadas esencialmente al bienestar de las personas. Debe, por estos motivos, la regulación tener carácter general y objetivo, evitando en lo posible todo tratamiento singular que altere las reglas, fomentando el riesgo y la creatividad, y no penalizando el éxito.

Uno de los motivos que hacen necesario regular es el de armonizar intereses contrapuestos: el correspondiente al orden público económico, es decir, el relacionado al mantenimiento de un orden competitivo constitucionalizado; el de la empresa y el de los consumidores y usuarios. Del Estado no se puede prescindir: se dice, así, que *el mercado exige Estado*. En efecto, dentro de un sistema económico capitalista, tiene la competencia una relevancia fundamental, al considerarse como el motor del sistema de una economía de mercado. Pues bien, para que pueda darse esa competencia económica, cuyos valores individuales son el desarrollo de la personalidad del empresario en el ámbito económico, quien debe alcanzar el triunfo cumpliendo ciertas reglas, y el beneficio que obtienen los consumidores al existir un sistema competitivo que le ofrecerá una más adecuada satisfacción a sus necesidades, y cuyo valor social consiste en la eficacia del régimen económico mismo, deben cumplirse tres requisitos indispensables: formación autónoma de los precios, libertad de elección y capacidad de compra de los consumidores, y que ninguna empresa pueda por sí misma, es decir, sin tomar en cuenta a las demás, tomar decisiones que le son propias para su actividad en el mercado.

Pero en esa rivalidad y lucha que constituye la competencia pueden surgir conflictos de las conductas de los competidores o fallos del mercado, ya que estamos en un régimen de competencia imperfecta o monopolística, donde no hay siempre libertad de acceso, o esta es muy difícil; o existen poderosos intereses económicos y de otro tipo que falsean la competencia; o grandes concentraciones empresariales; o abuso de posiciones de dominio; o una decisiva influencia de empresas multinacionales de muy difícil control, etcétera, todo lo cual exige la intervención del Estado para salvaguardar los valores individuales y sociales ya señalados. Esa intervención, cuyo propósito es hacer posible el funcionamiento eficiente

del mercado, un funcionamiento que evite las fallas propias del mismo, es lo que da lugar a la regulación de la competencia, cuyas manifestaciones son las referidas al derecho *antitrust*, la disciplina de la competencia desleal, la normativa publicitaria, la protección de los consumidores, el control de las concentraciones, etcétera, pero también la puesta en vigencia de normas que hacen que el propio Estado asuma un papel de «animador» de la iniciativa privada empresarial mediante reglas jurídicas de índole «intervencionista». Entonces, la denominada «regulación económica» resulta siendo un fruto necesario y natural del establecimiento de un modelo competitivo pues el mercado, por sí mismo, no siempre puede cumplir con los objetivos sociales y económicos pactados en la Constitución.

3. LA INTERVENCIÓN EXTRAORDINARIA Y LOS DECRETOS DE URGENCIA

En la Carta de 1993 se prevé en el inciso 19 del artículo 118 que el presidente de la República tiene la atribución de: «Dictar medidas extraordinarias mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia». Veamos las principales características que tienen en el ordenamiento peruano los decretos de urgencia.

1. *Es una atribución propia del Gobierno*, por lo que está asignada al presidente de la República, quien dirige la política general del gobierno, conforme al inciso 3 del artículo 118 de la Constitución. Sin perjuicio de ello, el inciso 2 del artículo 125 de la Norma Suprema establece que es atribución del Consejo de Ministros aprobar los decretos de urgencia que dicta el presidente de la República. En consecuencia, se requiere acuerdo del Consejo de Ministros para que el presidente de la República ejerza la atribución de dictar los decretos de urgencia.

2. *Requieren de un estado de necesidad como presupuesto fáctico habilitante*, que obliga a una acción normativa inmediata, que es incompatible con el tiempo que demanda el trámite normal de las leyes («medidas extraordinarias», «cuando así lo requiera el interés nacional»). Tratándose del requisito de interés nacional, en la doctrina se considera que es indispensable para que pueda reconocerse la validez de un decreto de urgencia que tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos o empresas.
3. *Su materia es económica y financiera*. En ese sentido, las medidas extraordinarias deben dirigirse a enfrentar riesgos que afecten la economía del país o las finanzas públicas. Constituye un ámbito material muy amplio, aun cuando la Norma Suprema prevé algunos cerrojos que, a nuestro juicio, impiden la utilización por el Poder Ejecutivo de estos decretos de urgencia en materias en las que está prevista reserva de ley, tales como la autorización para el ejercicio de la iniciativa pública empresarial (artículo 60) o las normas para conceder a los particulares los bienes de uso público (artículo 73).
4. *Deben ser motivados*. Aun cuando no está expresamente previsto en la Constitución como requisito de validez consideramos esencial su debida motivación en la parte considerativa del texto.
5. *Son de carácter extraordinario*, por lo cual son de naturaleza diferente a los decretos supremos ordinarios que expide el presidente de la República. En principio, debieran ser dictados cuando se trate de circunstancias extraordinarias en las que esté de por medio la estabilidad económica y financiera del país. Sin embargo, la doctrina en el Perú, así como en otros países, ha sido muy complaciente para admitir la viabilidad jurídica y la legitimidad de los decretos de urgencia en base a una interpretación laxa que los ha convertido en un instrumento normativo para la ejecución del programa gubernamental.

6. *Son de carácter transitorio.* Siendo el hecho que motiva el decreto un evento extraordinario, temporal y grave, una vez solucionada su causa, lógico es que la disposición se extinga. No tienen entonces vocación de permanencia.
7. *Están sujetos a un control posterior por el Congreso.* La Constitución de 1993 establece como obligación del Poder Ejecutivo «dar cuenta al Congreso» del decreto de urgencia.
8. *Están sujetos a control jurisdiccional.* En el ordenamiento peruano pueden ser declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, conforme al inciso 4 del artículo 200, mediante el proceso constitucional de inconstitucionalidad. Asimismo, los jueces están facultados a ejercer el control difuso de constitucionalidad, al amparo del artículo 138 de la Norma Suprema que prevé 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 inferior».
9. *Tienen rango de ley y fuerza de ley.* La Norma Suprema reconoce en el inciso 19 del artículo 118 que los decretos de urgencia tienen fuerza de ley.

4. LA PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA

La planificación es un fenómeno que responde a un proceso de racionalización consistente en el intento de lograr determinados objetivos vinculados a actuaciones cuya realización responde a una línea de acción establecida previamente; línea de acción que supone la elección entre varias posibles opciones, esto es, las vías adecuadas para el logro de los objetivos propuestos.

Si bien la planificación puede aplicarse a cualquier tipo de acciones y también de comportamientos humanos, incluida la ordenación de las políticas u opciones económicas a seguir por las empresas, el campo que

nos interesa está referido a la acción del Estado, solo o en conjunto con otros poderes económicos, para alcanzar determinados objetivos que son consecuencia de una opción política determinada, y en tanto se manifiesta a través de normas jurídicas, que adquieren en este sentido un carácter básicamente instrumental.

Así, pues, la planificación es una forma de actuación del Estado en la economía. Es una técnica que se distingue de otras dos formas de intervención: la correspondiente a la regulación y su actuación con el carácter de empresario, fundamentalmente a través de empresas públicas. La planificación económica, que se manifiesta de diversas formas y con intensidad cambiante, con intervención más o menos acusada de los agentes económicos, y que puede tener tanto un carácter general como sectorial, representa la desconfianza por parte del legislador en el mercado como el instrumento único, más justo y eficiente, en la asignación de recursos. Pero es necesario, con el objeto de perfilar el sentido que hoy tiene en nuestra Constitución, que debe diferenciarse entre una planificación central, hoy prácticamente desaparecida, de aquella otra que tiene más bien un carácter concertado, estratégico e indicativo.

La planificación económica, cualquiera que sea su intensidad o extensión, es siempre un proceso complejo, generalmente integrado por fórmulas jurídicas distintas, pues raramente se expresa a través de un solo instrumento. Así, se formaliza a través de leyes, normas reglamentarias, actos jurídicos diversos, planes administrativos, etc., esto es, fórmulas de distinto significado jurídico, vinculadas entre sí por una relación de jerarquía, denominada también «planificación en cascada».

Esas distintas fórmulas jurídicas están sujetas a límites y controles. El más importante de los límites se encuentra en la realidad económica internacional y en el ordenamiento jurídico que lo caracteriza, pues ello no puede ser fácilmente contravenido sin causar un grave deterioro. Así, por ejemplo, los convenios de integración económica, las reglas que regulan el comercio internacional y el pago de la deuda externa, son limitantes que condicionan y limitan la planificación económica en el ámbito nacional, si bien no por ello la hacen innecesaria.

Un segundo límite está constituido por propio ordenamiento constitucional, por el sentido integro de la Constitución Económica material, que requiere siempre de una interpretación sistemática y de conjunto. También, por los derechos humanos y los fundamentales. De la cobertura que ofrecen estos derechos y del ejercicio de su titularidad se derivan un conjunto de normas y valores que deben ser respetados, tal es el caso de la autonomía negocial, que en ocasiones puede contraponerse a decisiones coactivas de la autoridad que derivan de la propia planificación, y que trae a consideración el problema de en qué medida puede sustituirse como expresión de la libertad económica en el ámbito de una economía social de mercado.

El texto original de la Constitución de 1993 guardó un silencio explicable en materia de planificación si se toma en cuenta las ideas prevaletentes en el ámbito económico y que dieron lugar a que la Constitución únicamente declare en su artículo 58 que el Estado «*orienta el desarrollo del país*». Por cierto, al estipularse de esa manera, no es que el Estado dejara de tener importancia en lo económico, pues siguió teniendo importante intervención normativa y hasta empresarial, a pesar de los procesos de privatización llevados a cabo en la década del 90. Y en el ámbito de la gran empresa hizo uso muy extenso de contratos-ley, dando garantías y seguridades, de acuerdo al artículo 62 de la Constitución, lo que se constituyó en una forma indirecta de planificación económica.

En materia de descentralización, el artículo 192, tras la reforma constitucional de 2002, establece que: «Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo». En su inciso 2 se asigna como competencia de los gobiernos regionales la planificación regional: «Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil». En esa misma dirección, la reforma constitucional del artículo 195 estableció que: «Los gobiernos

locales promueven el desarrollo y le economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo». A nuestro juicio, esta transformación es coherente con un nuevo modelo de Estado que reconoce en el artículo 191 la autonomía política de los gobiernos regionales y, por ende, exige un nuevo tipo de planificación económica del desarrollo.

El inciso 6 del artículo 195 prevé como competencia municipal: «Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial». Cabe señalar que en materia de derecho urbanístico, la planificación y regulación del uso del suelo convierte al propietario de terrenos en un agente colaborador de la Administración, imponiéndole incluso contra su voluntad el ejercicio de una actividad económica y ello desnaturaliza el viejo núcleo esencial del derecho de propiedad hasta en su último reducto, cual es la preeminencia de la voluntad individual en el ejercicio de las facultades de propietario.

El desmontaje irracional e injustificado de la actividad planificadora que llevó adelante el gobierno de Fujimori (1990-2000) trajo como consecuencia la desaparición de opciones de inversión tanto para el sector público como para el privado. Se decidió la liquidación del Instituto Nacional de Planificación en junio de 1992. Se generó así una de las manifestaciones más críticas del deterioro del sector público en el Perú: la pérdida de su capacidad para orientar el desarrollo. Con ello se perdió el conocimiento acumulado a lo largo de tres décadas para preparar proyectos y formular planes y programas de inversión y acción gubernamental en prácticamente todos los sectores de la Administración Pública.

Por Ley 28522 del 25 de mayo de 2005, se creó el Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico, así como el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN), destinado a conducir y desarrollar la planificación como instrumento técnico de gobierno y de gestión pública, orientador y ordenador de acciones necesarias para lograr el desarrollo del país. Ese

sistema comprende un conjunto de órganos destinados a conducir y desarrollar la planificación concertada.

El CEPLAN no ha tenido importancia significativa en la orientación del desarrollo y si bien es un organismo necesario, su actuación ha sido probadamente ineficaz durante los últimos años.

5. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la característica principal del principio de subsidiaridad?
2. ¿Por qué se dice que la regulación económica es un proceso dinámico de corrección?
3. ¿Tienen los Decretos de Urgencia carácter transitorio y a la vez rango de ley?
4. ¿Sirve la planificación estratégica para orientar el desarrollo del país?

CAPÍTULO 10

SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

1. CONCEPTO Y NOTAS QUE TIPIFICAN ACTUALMENTE EL SERVICIO PÚBLICO

Si bien no existe una definición uniforme de servicio público, podemos señalar que las notas que lo tipifican son las siguientes (Kresalja, 1999, pp. 47-48): a) se trata de una actividad de prestación que el Estado asume, por organización propia o por delegación, y de la cual es primariamente responsable; b) la titularidad del Estado sobre la actividad se manifiesta: i) por una declaración formal (*publicatio*) que supone la reserva de un sector y su posterior (y a veces necesaria) concesión a terceros y ii) por una intensa reglamentación que configure y obligue al desarrollo de la actividad; c) se trata de una actividad en la que se aplica el régimen de derecho público, esto es, el servicio público goza siempre de una protección especial, aunque en su régimen de gestión la actividad pueda venir sometida al derecho privado; d) no se trata de actividades necesarias al ser del Estado, como son las de soberanía, sino de mera utilidad, aunque indispensables o muy importantes para la vida de la sociedad; e) se trata de una prestación regular y continua, características sobre la que se edifica buena parte de su especial régimen jurídico (huelgas, quiebras, fusiones, etcétera); y f) se trata de una actividad dirigida a la utilidad general del público porque a través de ella no se tiene como objetivo conseguir ingresos para el tesoro público.

En cuanto a los elementos esenciales del servicio público, distinguimos tres: la Administración Pública, la entidad gestora y el usuario.

El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia correspondiente al expediente 034-2004-PI/TC que declaró infundada una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 al 5 de la Ley 26271, ley que estableció el derecho a pases libres y pasajes diferenciados cobrados por las empresas de transporte urbano e interurbano de pasajeros a favor de policías, bomberos, universitarios y escolares, asumió la definición tradicional del servicio público. Así, en el fundamento 40 declaró que:

[...] es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.
- b) La necesaria continuidad de su prestación.
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad.
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.

Finalmente, es menester recordar que en los servicios públicos virtuales o impropios no se da una declaración formal, pero que por razones de interés público el Estado se ha reservado históricamente poderes de intervención y control que van mucho más allá de la mera autorización inicial, esto es, conserva poderes de ordenación a lo largo del ejercicio de la actividad. Son ejemplos de ello las autorizaciones o licencias para farmacias, servicios de taxis, centros privados de enseñanza, funerarias, líneas de transporte, etcétera.

Ahora bien, el concepto de servicio público viene mutando y adquiriendo nuevas definiciones técnico-jurídicas y de contenido, especialmente durante los últimos años, lo que ha dado lugar a un debate intenso que se ha

visto impulsado por desarrollos tecnológicos, desregulación normativa, promoción de la competencia económica y procesos de privatización. A lo que se ha sumado el reciente proceso de transformación del Estado basado en el principio de subsidiaridad e incorporado en muchas ocasiones al texto constitucional así como a la legislación positiva.

Debe resaltarse que en la mencionada sentencia recaída en el expediente 034-2004-PI/TC, el Tribunal Constitucional afirma que es obligación constitucional del Estado garantizar la prestación del servicio público sin que necesariamente se imponga una titularidad estatal del servicio. Así, en el fundamento jurídico 41 declara que:

[...] hoy en día, lo fundamental en materia de servicios públicos, no es necesariamente, la titularidad estatal, sino la obligación de garantizar la prestación del servicio, por tratarse de actividades económicas de especial relevancia para la satisfacción de necesidades públicas, y en ese sentido, deviene en indistinto si la gestión la tiene un privado o la ejerce el Estado.

Y en el fundamento 42 afirma que la concesión del servicio público a privados habilita un rol de intervención del Estado en tutela del interés público:

[...] pues la garantía de disfrute efectivo de los servicios públicos es una obligación frente a la cual el Estado no puede verse ajeno; de ahí que subsista el deber estatal de garantizarlo, regularlo y vigilarlo, dada su naturaleza esencial y continua para toda la población.

2. SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

Al surgir nuevos contenidos del concepto de servicio público surge la necesidad de diferenciar los servicios públicos de contenido económico y no económico. Cuando el artículo 58 de la Constitución peruana de 1993 precisa el rol del Estado en el sistema económico y se refiere a los servicios públicos, y los distingue en esa misma disposición de los servicios

de salud y educación, se debe interpretar que la Norma Suprema se está refiriendo con esa denominación a los servicios públicos económicos, que conforme a la doctrina no deben ser confundidos con los servicios sociales.

Debemos delimitar el concepto de servicios públicos sociales en la Constitución peruana de 1993, que utiliza el concepto «servicio público» u otros similares en relación con los servicios públicos económicos y sociales en las siguientes disposiciones:

- El artículo 9 prevé que el Estado determina la política nacional de salud y que el Poder Ejecutivo es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.
- El artículo 10 declara que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.
- El artículo 16 establece que es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.
- El artículo 17 prevé que la educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias y que en las instituciones del Estado, la educación es gratuita.
- El artículo 58 que establece que el Estado actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura;
- El artículo 119 prevé que la dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.
- El artículo 192, que establece que los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad.

- El artículo 195, que prevé que los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

3. LOS DERECHOS A ACCIONES POSITIVAS DEL ESTADO

3.1. Concepto

Para el liberalismo, los derechos fundamentales están destinados principalmente a asegurar la libertad del individuo frente a las intervenciones del poder político. Su contrapartida son los derechos a *acciones positivas* del Estado, que pueden ser calificados como derechos a prestaciones sociales del Estado en sentido amplio.

Es así que se afirman en la doctrina constitucional los denominados derechos fundamentales sociales: los derechos a la asistencia social, al trabajo, a la vivienda y la educación, entre otros. Aquí nos centraremos en los derechos de protección a la salud, a la educación y a la seguridad social, por su vinculación con los servicios públicos sociales, llamados «derechos de segunda generación». Pero como la denominación de derechos económicos no es unívoca, hemos optado por denominarlos como derechos a acciones positivas del Estado.

Dentro de la concepción del Estado social de derecho, reconocido en el artículo 43 de la Constitución peruana de 1993, se establece que la República del Perú es democrática y social. Asimismo, el artículo 44 de la Norma Suprema, en su primer párrafo declara: «Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas a su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación».

3.2. Los derechos a las acciones positivas del Estado en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional

La diferencia más relevante entre derechos civiles y políticos y los derechos a acciones positivas del Estado es la prestación estatal que representa verdaderamente la sustancia, el contenido esencial del derecho.

En esa dirección, el artículo VII del Título Preliminar de la Ley 26842, Ley General de Salud, establece que: «El Estado promueve el aseguramiento universal y progresivo de la población para la protección de las contingencias que puedan afectar su salud y garantizar la libre elección de sistemas previsionales, sin perjuicio de un sistema obligatoriamente impuesto por el Estado para que nadie quede desprotegido».

La Ley 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, es la norma que desarrolla constitucionalmente el derecho fundamental a la salud. Así, define en su artículo 4 al aseguramiento universal en salud como la garantía de la protección de la salud para todas las personas residentes en el Perú, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

Al margen de cuál sea el significado preciso con el que la Norma Suprema utiliza estos términos en cada caso, el denominador común es el concepto de que existen actividades esenciales para la comunidad, es decir, prestaciones indispensables para la cohesión social, la calidad de vida, la satisfacción de las necesidades básicas, el bienestar general y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, que son manifestaciones de la cláusula del Estado social que proclama el artículo 43 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, conforme al fundamento 11 de la sentencia del caso Nesta, de noviembre de 2003, señaló:

El Estado Social y Democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos 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 formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real [...] lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones.

En esa dirección, las misiones sociales del Estado son establecidas en la Constitución y la ley ordinaria que regulará la organización de los servicios públicos sociales y asistenciales que se requieran para su cumplimiento.

4. EL RÉGIMEN DE LA RADIO Y TELEVISIÓN

La noción original de servicio público equivale a titularidad pública que se considera esencial, esto es, su reserva al Estado mediante *publicatio*. Sin embargo, no necesariamente el servicio público supone prohibición de la explotación de medios de radio y televisión privados. Una prohibición así si es manifiestamente inconstitucional por afectar la libertad de expresión y el pluralismo de los medios.

En el Perú, el artículo 3 de la Ley 28278, Ley de Radio y Televisión declara a la radio y televisión como servicios privados de interés público. En consecuencia están regidos por la libre iniciativa privada pero limitados por la tutela del interés general.

En ese sentido, la legislación nacional si bien no los califica como servicio público, los considera servicios esenciales. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del expediente 00013-2007-AI, pronunciada el 13 de julio de 2007, en el fundamento jurídico 10, resaltó el concepto de servicio esencial de la radio y televisión: «El concepto de servicio esencial (*Grundversorgung*) es un elemento básico de las libertades televisivas —y también radiales— en el marco constitucional, como forma básica de la procura existencial del Estado democrático y social de derecho».

5. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son las características que definen el servicio público?
2. ¿Por qué se acepta que sea una empresa privada la que gestione un servicio público?
3. ¿Cómo diferenciar servicios públicos económicos de los servicios públicos sociales?
4. ¿Cuál es el objeto de los derechos a acciones positivas del Estado?
5. ¿Cómo conceptúa el Tribunal Constitucional a los servicios de radio y televisión?

CAPÍTULO 11

DOMINIO PÚBLICO DEL ESTADO, RECURSOS NATURALES Y DIVERSIDAD BIOLÓGICA

1. CONCEPCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO

El artículo 73 de la Constitución peruana de 1993 declara que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Asimismo, prevé que los bienes de uso público —que son una especie de los bienes de dominio público— pueden ser concedidos a particulares conforme a ley para su aprovechamiento.

Como cuestión previa debemos precisar el concepto mismo de bienes de dominio público. Se los ha definido como aquellos que se encuentran afectados al uso general y su fundamento es el interés público.

En la doctrina se diferencia a los bienes de dominio público de los bienes de dominio eminente, que pertenecen originariamente al Estado y sobre los cuales puede establecer derechos privados. Por ejemplo, las tierras. Así, no todos los recursos naturales son de dominio público del Estado, pero sí integran el ámbito del dominio eminente, que es concepción que se desarrolla a partir de los atributos derivados de la soberanía.

El dominio público es un concepto jurídico, puramente técnico, formal y contingente, producto de una cultura y un momento concreto del desarrollo de la ciencia del derecho.

Tradicionalmente se ha considerado que los bienes de dominio público son aquellos que pertenecen al Estado y que están asignados

al cumplimiento de un fin público o un servicio público. Son ejemplos típicos: el suelo, el subsuelo, los caminos públicos, las calles, plazas, parques, vías públicas en general, las instalaciones donde funcionan los ministerios y otras entidades públicas, los cuarteles, los monumentos arqueológicos, los puertos de titularidad pública, entre otros.

Así, el literal a) del párrafo 2.2 del artículo 2 del Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, aprobado por Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA define como bienes de dominio público: aquellos bienes estatales como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya conservación y mantenimiento le corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e instituciones, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado.

En su concepción original, una característica de los bienes de dominio público era la de no ser transferibles a particulares por ningún derecho. En nuestro ordenamiento constitucional recién con el mencionado artículo 73 se habilita al Estado para otorgar en concesión bienes de uso público, por ejemplo, para la gestión y financiamiento de infraestructuras.

La Constitución peruana de 1993 declara como principio que rige los bienes de dominio público a la *inalienabilidad*, que supone la imposibilidad de efectuar actos de disposición o de gravamen sobre ellos, situación que constituye una negación del derecho de propiedad. En la doctrina se precisa que no son susceptibles de transmisión, prescripción, expropiación, constitución de derechos reales de goce o garantía o constitución de derechos de contenido obligacional. Esta indisponibilidad y la utilización reforzada de potestades públicas constituyen la pieza clave y fundamental de la conformación jurídica del dominio público.

Asimismo, la Norma Suprema declara como principio la *imprescriptibilidad*. Al estar excluidos del comercio o tráfico privado, en tanto conserven ese carácter, se deriva la imposibilidad de que sean adquiridos por personas privadas como consecuencia de usurpaciones que podrían imponerse por el transcurso del tiempo. En consecuencia, ningún particular podrá adquirir, por vía de prescripción ningún derecho sobre el dominio público: ni derecho de propiedad, ni servidumbre, ni, de manera general, ningún derecho real.

2. EL NUEVO RÉGIMEN DE LOS BIENES E INFRAESTRUCTURAS DE USO PÚBLICO

Los bienes de uso público son una subespecie del género de los bienes de dominio público. El uso público significa que el bien está abierto a su utilización por todas las personas. Así, son bienes de uso público las infraestructuras destinadas al aprovechamiento general, como los puertos de titularidad pública, los caminos, los puentes, las carreteras, los ferrocarriles, las instalaciones aeroportuarias, entre otros, sin perjuicio de que también sea susceptible de otros tipos de usos mediante el otorgamiento de autorizaciones y concesiones.

Sobre este tipo de bienes, el citado artículo 73 de la Constitución peruana de 1993 asume una posición liberalizadora para promover su aprovechamiento económico; en consecuencia, mediante una normatividad especial puede otorgar concesiones o permisos a favor de particulares o personas de derecho privado.

La finalidad de esa disposición constitucional es promover las concesiones de infraestructuras a través de la iniciativa privada. Esta concesión implica una intervención directa del concesionario en la explotación de la infraestructura. A diferencia del modelo tradicional de ejecución de obras públicas, en el cual el Estado realiza la inversión, con recursos presupuestales, este es un régimen jurídico de apertura a la iniciativa privada, en el cual el concesionario privado invierte y se le

remunera otorgándole durante un plazo la explotación de la infraestructura que construya, la que como actividad regulada por el Estado queda sujeta a un régimen jurídico de supervisión y control.

Cabe señalar que el artículo 13 del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por el Decreto Supremo 059-96-PCM, define a la concesión sobre bienes públicos en los siguientes términos: «La concesión sobre bienes públicos no otorga un derecho real sobre los mismos. Sin embargo, en estos casos, el contrato de concesión constituirá título suficiente para que el concesionario haga valer los derechos que dicho contrato le otorga frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones. En estos supuestos, el concesionario podrá explotar el o los bienes objeto de la concesión por cuenta propia o por medio de terceros, quedando siempre como único responsable frente al Estado».

En suma, el régimen jurídico del dominio público es compatible con el principio de subsidiaridad —previsto en el artículo 60 de la Constitución— dado que el rol del Estado no es el de agente económico directo, sino el de regulador y garante de la provisión de infraestructuras y servicios esenciales.

3. LOS RECURSOS NATURALES COMO PATRIMONIO DE LA NACIÓN

La Constitución peruana de 1993 declara, en el artículo 66, que los recursos naturales, renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación y que el Estado es soberano en su aprovechamiento. En su segundo párrafo establece que por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares y que la concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

La Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley 26821, define como función promotora del Estado el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a través de las leyes especiales sobre la materia, las políticas de desarrollo sostenible, la generación de infraestructura de apoyo a la producción, el fomento del conocimiento científico y tecnológico, la libre iniciativa y la innovación productiva.

El artículo 4 de la misma ley orgánica declara que los recursos naturales *mantenidos en su fuente*, sean renovables o no renovables, son patrimonio de la nación. En materia de concesiones, el artículo 23 de la mencionada ley orgánica prevé que la concesión, aprobada por las leyes especiales, otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo. Precisa que la concesión otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse. Se prevé que las concesiones son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que la ley orgánica y las leyes especiales exijan para mantener su vigencia.

En la doctrina, la declaración de patrimonio de la nación significa que el Estado es propietario dentro de un régimen peculiar: el que la nación tiene la necesidad de imponerle. La cuestión queda planteada como una titularidad que corresponde al *dominio eminente* de la nación, que expresa su soberanía y lo habilita a dictar normas dentro del ámbito de su territorio sobre bienes y personas.

Dentro del marco constitucional, todos estos recursos son patrimonio de la nación. No se debe confundir el dominio eminente de los recursos naturales con el dominio público. Así, el concepto de dominio eminente se refiere a bienes que constituyen el patrimonio originario del Estado, incluyendo aquellos sobre los cuales puede establecer derechos privados de propiedad. En cambio, el concepto dominio público se refiere a un régimen jurídico especial de bienes del Estado que son inalienables.

4. BREVÍSIMA REFERENCIA A LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RECURSOS NATURALES

4.1. Actualmente rige la Ley 29338, Ley de recursos hídricos, que en su artículo 1 declara que el agua es un recurso natural renovable, indispensable para la vida, vulnerable y estratégico para el desarrollo sostenible, el mantenimiento de los sistemas y ciclos naturales que lo sustentan, y la seguridad de la Nación. El artículo 2 establece que «El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua».

En su artículo 3 declara de necesidad pública e interés nacional la gestión integrada de los recursos hídricos con el propósito de lograr eficiencia y sostenibilidad en el manejo de las cuencas hidrográficas y los acuíferos para la conservación e incremento del agua, así como para asegurar su calidad, fomentando una nueva cultura del agua, para garantizar la satisfacción de la demanda de las actuales y futuras generaciones.

4.2. El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo 014-92-EM, en el artículo II del Título Preliminar declara implícitamente que los recursos minerales son bienes de dominio público.

El artículo 10 establece que la concesión minera otorga un *derecho real*, consistente en la suma de atributos que se reconocen al concesionario. Las concesiones son irrevocables, en tanto el titular cumpla las obligaciones que la Ley General de Minería exige para mantener su vigencia.

El derecho real reconocido por el régimen concesional es un derecho dentro del ámbito del derecho público administrativo, jurídicamente diferente al derecho civil, configurado por potestades jurídicas sometidas al derecho público en el contexto de los principios de la autonomía y

de la especialidad del derecho minero y de sus instituciones (Vildósola, 1999, pp. 338-339).

Así, el dominio público del subsuelo minero impide la apropiación del mismo que no sea realizada a través de la concesión administrativa.

4.3. Se debe destacar que el Perú es un país forestal, dado que sus treinta tipos de bosques cubren una extensión de 78,8 millones de hectáreas, lo que representa el 60,7% del territorio del país. La Ley Forestal y de Fauna Silvestre, Ley 29763, es la principal norma jurídica que rige el aprovechamiento de los bosques tropicales y la fauna silvestre en el Perú. Tiene por finalidad la promoción de la conservación, la protección, el incremento y el uso sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre dentro del territorio nacional, integrando su manejo con el mantenimiento y mejora de los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre, «en armonía con el interés social, económico y ambiental de la Nación».

El artículo I del Título Preliminar de la Ley 29763 declara que toda persona tiene el derecho de acceder al uso, aprovechamiento y disfrute del patrimonio forestal y de fauna silvestre de la Nación, de acuerdo a los procedimientos establecidos por la autoridad nacional y regional y a los instrumentos de planificación y gestión del territorio, además de participar en su gestión. Asimismo, establece que toda persona tiene el deber de contribuir con la conservación de este patrimonio y de sus componentes respetando la legislación aplicable.

4.4. Conforme al artículo 1 de la Ley General de Pesca – Decreto Ley 25977, modificado por el Decreto de Urgencia 014-2001 y la Ley 27460, esta norma tiene por objeto normar la actividad pesquera con el fin de promover su desarrollo sostenido como fuente de alimentación, empleo e ingreso y de asegurar un aprovechamiento responsable de los recursos hidrobiológicos, optimizando los beneficios económicos, en armonía con la preservación del medio ambiente y la conservación de la biodiversidad.

El artículo 2 de la Ley General de Pesca declara que son patrimonio de la Nación los recursos hidrobiológicos contenidos en las aguas jurisdiccionales del Perú. Establece que corresponde al Estado regular el manejo integral y la explotación racional de dichos recursos, considerando que la actividad pesquera es de interés nacional.

En el marco del ordenamiento pesquero se otorgan concesiones, autorizaciones, permisos y licencias a plazo determinado para las actividades de pesca.

4.5. En una dirección jurídicamente diferente a la concepción del dominio público, se caracteriza al régimen jurídico de los hidrocarburos en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley 26221. Así, en su artículo 2 declara que: «el Estado promueve el desarrollo de las actividades de hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona y el desarrollo nacional».

En consecuencia, no se establece un régimen de dominio público de los hidrocarburos, que implicaría que sean inapropiables, inalienables e imprescriptibles. Por el contrario, aun cuando como recurso natural son originariamente de propiedad estatal se faculta la transferencia de propiedad a los contratistas privados, que se realiza a través de los contratos con la empresa estatal PERUPETRO S.A.

El Estado ejerce rol de concedente a través del Ministerio de Energía y Minas, conforme al artículo 3 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Actualmente la regulación, supervisión y fiscalización de las actividades que desarrollan las empresas en hidrocarburos es responsabilidad del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN).

5. LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA Y LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES COMO RECURSOS ESTRATÉGICOS

La diversidad biológica comprende a toda clase de especies de plantas, animales y microorganismos, así como también a los ecosistemas y los procesos ecológicos de los que forman parte. Los tres componentes de

esa diversidad son: diversidad de ecosistemas, de especies y de genes. El ecosistema constituye la unidad funcional básica en ecología, compuesta de todos los elementos físicos, químicos y biológicos necesarios para sostener la vida en un espacio determinado, teniendo relaciones entre sí e influyéndose indirectamente unos sobre otros.

La diversidad biológica es de un valor incalculable, incrementado por los problemas ambientales de público conocimiento y el extraordinario desarrollo tecnológico que utiliza y descubre propiedades valiosas en ella, y puede esta tener su origen en conocimientos tradicionales o en nuevos desarrollos. América Latina es la región con mayor diversidad biológica en el planeta y el Perú ocupa un lugar privilegiado por ser uno de los 12 países considerados biológicamente megadiversos, con numerosos ecosistemas en su accidentada y heterogénea geografía.

El artículo 68 de la Constitución señala que «el Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas». Y el artículo 108 de la Ley General del Ambiente 28611 define a las áreas naturales protegidas como: «Espacios continentales o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos, establecidos y protegidos legalmente por el Estado, debido a su importancia para conservar diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como para su contribución al desarrollo sostenible del país. Son de dominio público y se establecen con carácter definitivo».

La puesta en valor de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas se ha acrecentado especialmente por el hecho de que las nuevas invenciones biotecnológicas se apoyan de manera significativa en ellos. Esta materia es de especial interés para el Perú, dada su condición de país megadiverso y con importante población indígena u originaria con conocimientos tradicionales.

Dentro de la protección legal de los conocimientos tradicionales debe resaltarse a la Ley 27811, de 2002, Régimen Especial de Protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Asociados

a la Diversidad Biológica, a los que declara como inalienables e imprescriptibles. Asimismo, a la Ley 28216 de 2004, de Protección al Acceso a la Diversidad Biológica Peruana y los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas.

6. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la diferencia conceptual entre dominio eminente y dominio público del Estado?
2. ¿Qué implica que los recursos naturales sean calificados como Patrimonio de la Nación?
3. ¿Por qué la diversidad biológica y los recursos naturales son recursos estratégicos?
4. ¿Sirve la planificación estratégica para orientar el desarrollo del país?

CAPÍTULO 12

EL SISTEMA MONETARIO Y BANCARIO

1. INTRODUCCIÓN

En primer término, cabe afirmar que la integración monetaria es una consecuencia de la unidad de mercado nacional, esto es, la moneda solo puede existir cuando, en términos económicos, existe un mercado. En segundo lugar, se considera que la facultad de acuñar moneda y darle uso obligatorio es una manifestación de la soberanía del Estado. En estas dos coordenadas, la moneda como facultad soberana, y la moneda como instrumento de integración económica y unidad política, se encuentran las principales razones por las cuales los textos constitucionales tratan de la moneda y de su emisión, así como de su curso legal obligatorio para el pago de toda obligación, sea de carácter público o privado.

Desde el punto de vista de nuestra historia constitucional, la regulación de la moneda ha estado presente en todas las Constituciones, y ha sido en casi todas facultad del Congreso el determinar el peso, ley, tipo y denominación de la moneda. En la actual se encuentra en el Capítulo V «De la Moneda y la Banca» del Título III, «Del Régimen Económico» de la Constitución, que contiene 5 artículos (del 83 al 87).

Nuestra Constitución y la legislación *ad-hoc* de la materia se basan principalmente en las siguientes consideraciones:

- Tutela institucional, que se manifiesta en el interés del Estado por velar por la buena marcha de este sector económico, limitando riesgos excesivos e imponiendo fondos de reserva y garantías; estableciendo incompatibilidades y prohibiciones a las empresas y a sus directivos; e instruyendo sobre técnicas contables y presentación de resultados.
- Eficacia, esto es, garantizar para que el conjunto de bancos y entidades financieras provean los recursos necesarios a la economía del país y que tengan dimensiones adecuadas para el desempeño eficaz de sus tareas, lo que se manifiesta en las autorizaciones de mínimos de capital, porcentajes de encaje, diversificación de inversiones, etcétera.
- Garantía de terceros, que persigue que los requisitos del sector tengan una dimensión adecuada y transparencia en su gestión, así como la protección de los depositantes frente a falencias y crisis diversas.
- Subsidiaridad o suplencia, que se presenta en aquellas ocasiones en las que el Estado interviene a través de su sector financiero directamente en operaciones o lugares que no son atractivos para el sector privado.

2. LA FORMULACIÓN DE LA POLÍTICA MONETARIA Y FINANCIERA

El Poder Ejecutivo, a través básicamente del ministro de Economía y Finanzas, es el que tiene la mayor responsabilidad en la formulación de las políticas monetarias y financieras, pero en esa tarea se ve apoyado o limitado por otras instituciones, en especial por aquellas consagradas en la Constitución y que cuentan con autonomía. Tal es el caso del Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Por cierto, el alcance y profundidad de esas intervenciones varían según las disposiciones legales y la ideología prevaleciente.

De otro lado, las decisiones que adopta el Banco Central de Reserva afectan la liquidez del sistema, esto es, la cantidad de circulante, así como la posición de cambio y su intervención en este mercado, todo ello con el objeto de ampliar o constreñir el flujo de dinero reactivando la demanda o la inversión o desactivando tendencias inflacionarias. También, por cierto, las operaciones destinadas a la obtención para el Estado de recursos económicos no fiscales. Como es natural, algunas de estas medidas de orientación monetaria tienden a influir en el alza o baja de los tipos de interés. Las actividades en el ámbito de la moneda y la banca tienen una complejidad grande, vinculada además a factores externos que no aparecen reflejados en la normativa constitucional.

3. EL CAPÍTULO V DE LA MONEDA Y LA BANCA

3.1. Objetivos

El capítulo V del Título III del Régimen Económico tiene cuatro propósitos principales, a saber:

- Establecer el monopolio del Estado en materia de emisión de billetes y monedas.
- La regulación del Banco Central de Reserva, determinando su finalidad y funciones.
- La protección del ahorro privado.
- El establecimiento de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, como órgano encargado de la fiscalización de empresas en estas áreas de actividad.

3.2. Sistema monetario

El artículo 83 de la Constitución de 1993, dice a la letra: «La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billetes y monedas

es facultad exclusiva del Estado. La ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú».

El sistema monetario es el conjunto de normas que rigen la circulación forzosa de billetes y monedas, índice del valor económico de cambio reconocido por el Estado. La Constitución exige —como se aprecia de la lectura del artículo 83— que esté determinado por la ley, la que al no tener carácter orgánico hace posible su delegación al Poder Ejecutivo para que la dicte como decreto legislativo. Esa ley es la 25295 de 1990, la que dispuso como unidad monetaria del Perú el nuevo sol, divisible en cien céntimos.

Es necesario puntualizar que la circulación del dinero es posible de muchas formas y que en nuestros días —en parte importante por razones tecnológicas— las transacciones económicas en billetes y monedas son cuantitativamente pequeñas, pues las que se realizan por medios electrónicos o tarjetas de crédito son mucho mayores, aunque en todos los casos las referencias finales se expresen en determinadas monedas. Esta circunstancia no debe impedir apreciar que un manejo técnico y eficiente del Banco Central de Reserva es fundamental para el nivel de vida de nuestra población.

3.3. BCR y SBS

La autonomía del Banco Central de Reserva (BCR) y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) está reconocida por en los artículos 84 y 87 de la Constitución Política, respectivamente. Si bien los artículos citados no desarrollan a plenitud las condiciones de la autonomía orgánica, funcional, presupuestal o de personal de estos organismos, remitiendo que sean sus leyes orgánicas las encargadas de esta cuestión, es relevante que su estructura y funcionamiento sean normados por este tipo de ley que posee una naturaleza reforzada, la cual solo puede ser modificada contando con más de la mitad del número legal de congresistas. La obligación de regular la estructura y funcionamiento del BCR y la SBS mediante una ley orgánica expresa su carácter no instrumental y la neutralidad política de ambas

entidades en los planos organizativo y funcional. En el plano del personal directivo, la naturaleza independiente del BCR y la SBS se materializa en el hecho de que la Constitución establece un juego de contrapesos entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República para designar a sus órganos de gobierno.

4. BANCO CENTRAL DE RESERVA

El Banco, por declaración constitucional, es una persona jurídica de derecho público. Según su Ley Orgánica tiene duración indefinida y patrimonio propio.

Lo que queremos aquí poner de relieve es que en el ejercicio de su autonomía y en cumplimiento de su finalidad y funciones, el Banco Central de Reserva se rige exclusivamente por las normas de su Ley Orgánica y de sus estatutos (artículo 3). Más aún, las disposiciones que emita el Banco en el ejercicio de sus funciones son de cumplimiento obligatorio para todas las entidades del sistema financiero. Las disposiciones de carácter general se denominan «*circulares*» y son publicados en el Diario Oficial (artículo 4).

4.1. Órgano de gobierno

Su órgano de gobierno está conformado por siete miembros, cuatro elegidos por el Poder Ejecutivo, entre ellos el presidente, y tres por el Congreso. El Congreso ratifica al presidente con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros. El directorio es la más alta autoridad de la institución, y que le corresponde determinar las políticas a seguir para hacer realidad la finalidad del Banco, que es la de preservar la estabilidad monetaria. Los directores no representan a entidad ni interés particular alguno, tal como lo manda el segundo párrafo del artículo 86; en otras palabras, han sido elegidos por sus calidades personales y profesionales, no por representar a determinada institución y verse arrastrados por los intereses de esta. Responden ante el país, nada menos. Así lo ratifican

los artículos 9 y 11 de la ley orgánica; este último exige solvencia moral y amplia competencia y experiencia en los ámbitos de la economía y de las finanzas, señalando que «su voto debe tener en cuenta únicamente el cumplimiento de la finalidad y las funciones del Banco».

4.2. Emisión de billetes y moneda

De acuerdo al artículo 83, la emisión de billetes y moneda —que es facultad exclusiva del Estado— se realiza por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú. El artículo 43 de la citada Ley Orgánica dispone que «los billetes y monedas que el Banco pone en circulación se expresan en términos de la unidad monetaria del país y son de aceptación forzosa para el pago de toda obligación, pública o privada». Como hemos ya señalado, en virtud de la Ley 25295, la unidad monetaria del Perú es el nuevo sol y el sistema es el decimal. La aceptación forzosa es de gran importancia, pues ello significa que nadie puede rehusarse a recibirla como medio de pago.

4.3. Preservar la estabilidad monetaria

El segundo párrafo del artículo 84 de la Carta se inicia con una afirmación tajante e inequívoca: «la finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria». Como corolario a su finalidad, el directorio del Banco Central de Reserva debe presentar un Informe al Ministerio de Economía y Finanzas sobre aquellos aspectos de la política económica —que obviamente ese ministerio dirige— que afecten negativamente el cumplimiento de su finalidad; así lo señala el artículo 94 de su Ley Orgánica, Decreto Ley 26123.

4.4. Crédito y reservas

En el mismo segundo párrafo del artículo 84 se dice que son funciones del Banco Central de Reserva, «regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo y las demás

funciones que señala su ley orgánica». Sin duda, la regulación de la moneda y del crédito del sistema financiero son tareas esenciales para determinar el número de circulante y lograr la estabilidad monetaria. En la administración de las reservas internacionales debe tomar en cuenta los criterios de seguridad, liquidez y rentabilidad, los que debe evaluar —siguiendo prácticas bancarias usuales y sanas— en función de la situación y perspectivas de la economía nacional y el contexto internacional. El artículo 72 especifica por qué están constituidas las reservas.

4.5. Financiamiento al erario

La parte final del artículo 84 prohíbe al Banco conceder financiamiento al erario, salvo la compra de valores emitidos por el tesoro público dentro del límite que señala su ley orgánica. Se considera que esta prohibición fortalece institucionalmente la autonomía del Banco Central. Lo que se pretende con ello es impedir que el gobierno de turno pida al Banco Central emisión inorgánica con la cual pagar el déficit fiscal a costa de generar inflación.

4.6. Fomento y garantía del ahorro

Si la finalidad principal del Banco, como hemos visto, es preservar la estabilidad monetaria, resulta concordante que fomente y garantice el ahorro de personas y empresas. Debe hacerlo, además, porque la experiencia enseña que es principalmente el Estado el que puede enfrentar exitosamente las iniciativas inescrupulosas de banqueros y especuladores destinados a alterar el tipo de cambio y el valor de la moneda, con grave detrimento para personas, empresas y el país en su conjunto.

El ahorro al que se refiere el primer párrafo de este artículo 87, es el privado, pues lo que las Constituciones pretenden proteger son los derechos de las personas frente al poder del Estado. El ahorro público es un concepto equívoco, pues lo que la Constitución persigue (artículo 78) es la existencia de un presupuesto equilibrado financieramente y operativo,

uno que refleje el gasto corriente y la inversión pública verazmente, esto es, ejecutable¹.

5. SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDOS DE PENSIONES (SBS)

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones es una institución autónoma de rango constitucional destinada a supervisar y controlar a las empresas vinculadas al ámbito financiero, de seguros, de administración de fondos de pensiones y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, sean incluidas en su supervisión por ley. El funcionario jefe de la institución es el Superintendente, nombrado por el Poder Ejecutivo y ratificado por el Congreso. El plazo del nombramiento es el del periodo del presidente de la República.

La Ley 26702, «Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros», es de gran importancia, pues establece el marco de regulación a que se someten las citadas empresas. El artículo 345 ratifica que la Superintendencia «es una institución constitucionalmente autónoma y con personería de derecho público, cuyo objeto es proteger los intereses del público en el ámbito de los sistemas financiero y de seguros». La mencionada ley determina el marco de la autonomía funcional, económica y administrativa de la Superintendencia, establece su ubicación dentro de la estructura del Estado,

¹ Aquello que se considera ahorro se encuentra en el artículo 131 de la Ley 26702 de 1966, Ley del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, que preceptúa: «El ahorro está constituido por el conjunto de las imposiciones de dinero que, bajo cualquier modalidad, realizan las personas naturales y jurídicas del país o del exterior, en las empresas del sistema financiero. Esto incluye los depósitos y la adquisición de instrumentos representativos de deuda emitidos por tales empresas. Tales imposiciones están protegidas en la forma que señala la presente ley».

define su ámbito de competencia y señala sus funciones y atribuciones. Es de hacer notar que, según el artículo 346, las leyes o disposiciones legales distintas a la Ley 26702 no pueden establecer normas de obligatorio e imperativo cumplimiento para la Superintendencia.

Desde el punto de vista del derecho público y constitucional, y en concordancia con las disposiciones que ya hemos visto sobre el Banco Central de Reserva, lo más importante es poner de relieve lo que dispone el artículo 347, el mismo que señala que es finalidad de la Superintendencia «defender los intereses del público, cautelando la solidez económica y financiera de las personas naturales y jurídicas sujetas a su control».

Las atribuciones de la Superintendencia están consignadas en el artículo 349 de la Ley 26702, en el cual se puede apreciar que puede ejercitar prácticamente cualquier labor de control y dictar normas de cumplimiento obligatorio para las empresas supervisadas, aunque sus decisiones pueden ser impugnadas ante los órganos jurisdiccionales.

6. MONEDA EXTRANJERA

El artículo 64 de la Constitución vigente, ubicado en el capítulo I, principios generales del título III «Del régimen económico» —esto es, no al interior del capítulo V, «De la moneda y la banca», señala que «el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera». Tratamos en este lugar de este artículo, por su evidente conexión con el sistema bancario y financiero, así como con las funciones que realiza el Banco Central de Reserva.

El artículo 64 reconoce el derecho de las personas naturales o jurídicas a mantener en su poder moneda extranjera y de utilizarla como medio de pago o de cambio. Ese derecho, como todos los demás de naturaleza constitucional, puede reclamarse jurisdiccionalmente. La norma parece estar orientada a impedir el establecimiento de control de cambios. Se ha señalado por diversos autores que es un peligro para la economía del país tener una disposición de rango constitucional de esta naturaleza,

a pesar de que efectivamente en el pasado se hayan cometido muchas arbitrariedades en esta materia, porque se inhabilita teóricamente al Estado para tomar medidas protectoras en determinadas circunstancias, tal como lo hacen otros países. Sin embargo, es necesario concordar este artículo con el 72, que establece que «la ley puede, solo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes», pues uno de estos últimos es, sin duda, la moneda extranjera. Este artículo 72 constituye un mecanismo de seguridad que puede ser utilizado para imponer restricciones a la libertad de tenencia y de exposición de las monedas extranjeras, siempre que se cumplan la condición de seguridad nacional y tengan carácter temporal.

7. PREGUNTAS

1. ¿Quién formula la política monetaria y financiera del país?
2. Las disposiciones que emite el Banco Central de Reserva, ¿son de cumplimiento obligatorio para las entidades del sistema financiero?
3. ¿Cuál es el tipo de ahorro que se busca proteger?
4. ¿Pueden las personas naturales y jurídicas en todos los casos y circunstancias utilizar moneda extranjera como medio de pago o de cambio?

CAPÍTULO 13

RÉGIMEN TRIBUTARIO Y PRESUPUESTARIO

1. NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN FINANCIERA

La constitución financiera está conformada por todos aquellos principios y disposiciones constitucionales que organizan y limitan específicamente las diversas potestades y funciones relativas a los recursos públicos, especialmente los tributarios, así como las que están referidas al gasto y a la deuda pública. Dentro del contenido del derecho financiero se encuentran varios sectores con caracteres jurídicos propios:

- a) Las relaciones concernientes a la tributación en general que configuran el derecho tributario.
- b) La regulación jurídica del presupuesto, su ejecución y su correspondiente control.
- c) La regulación legal de todo lo atinente al crédito público.
- d) El conjunto de normas jurídico-económicas relacionadas con la moneda.

2. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POTESTAD TRIBUTARIA DEL ESTADO

Se debe poner de relieve que en el marco de la cláusula constitucional del Estado social y democrático de derecho, prevista en el artículo 43

de la Norma Suprema, la función de los tributos no es únicamente la de financiar los servicios públicos o los gastos del aparato estatal, sino también distribuir la riqueza con equidad y solidaridad en el ámbito de la comunidad. Cabe citar al juez estadounidense Holmes, quien definió a la tributación como una compra de civilización: los tributos, dijo, «son aquello que pagamos por la sociedad civilizada».

La potestad tributaria del Estado, reconocida en el artículo 74 de la Constitución de 1993, consiste pues en el poder de imperio del Estado de dictar normas legales para exigir a los ciudadanos que contribuyan con una parte de sus rentas o patrimonios, con la finalidad de atender y satisfacer las necesidades públicas. Empero, un programa justo de gastos públicos es más redistributivo que el más justo de los impuestos sobre la renta.

2.1. El principio de reserva de la ley

El principio de legalidad tributaria está previsto en la primera parte del artículo 74 de la Norma Suprema que declara que: «Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo». En su segundo párrafo, el artículo 74 precisa que el Estado, al ejercer la potestad tributaria debe respetar el principio de «reserva de la ley», fórmula que significa que solo por ley se puede predeterminar las hipótesis de incidencia tributaria, determinar al contribuyente y, en su caso, al responsable del pago del tributo; fijar la base del tributo; fijar el monto del tributo; el momento del nacimiento de la obligación tributaria; las exoneraciones y beneficios; así como tipificar las infracciones y establecer sanciones.

En ese sentido, la legislación delegada en materia tributaria constituye una flexibilización y excepción al principio de reserva de la ley, admitida por la Constitución, pero que debe siempre interpretarse y aplicarse de manera restrictiva.

El artículo 74 establece que por excepción «los aranceles y tasas se regulan por decreto supremo». Sobre los aranceles debe resaltarse

que pueden cumplir además fines *extrafiscales*, por ejemplo de política comercial o de protección a ciertos sectores productivos nacionales.

2.2. El principio de igualdad tributaria

El artículo 74 de la Constitución peruana de 1993 declara como principio rector la igualdad que el Estado debe respetar al ejercer la potestad tributaria. En consecuencia, el principio de igualdad tributaria debe entenderse como un desarrollo especial de la cláusula de igualdad *ante la ley* (en la ley y en la *aplicación* de la ley) del artículo 2, inciso 2 de la Norma Suprema.

En esa dirección, el principio de igualdad tributaria debe estar orientado a la equidad fiscal, lo cual implica una cierta de desigualdad cualitativa para entender cumplido este principio, pues situaciones iguales deben ser tratadas igualmente y situaciones desiguales desigualmente. Es así que se sostiene en materia fiscal que deben pagar más quienes más ganan.

La igualdad tributaria tiene diversas derivaciones:

- a) *La generalidad tributaria*. En principio, la generalidad supone que todos sean contribuyentes en beneficio de toda la sociedad. En ese sentido, el principio de generalidad tributaria implica la interdicción de todo privilegio o de áreas inmunes al pago de tributos. Como principio constitucional, la generalidad de la imposición debería constituirse en una barrera infranqueable a la concesión *arbitraria*, en virtud de ley, de exoneraciones y beneficios fiscales, perdones o moratorias.

La Constitución peruana en el artículo 79 adicionalmente prevé un límite al poder parlamentario en esta materia: en cualquier caso, las leyes de índole tributaria referidas a beneficios o exoneraciones requieren previo informe del Ministerio de Economía y Finanzas.

En la misma línea del principio de generalidad se establece excepcionalmente en el último párrafo del artículo 79 de la Constitución que solo por ley expresa, aprobada por dos tercios

- de los congresistas, puede establecerse selectiva y temporalmente un tratamiento especial para una determinada zona del país.
- b) No toda desigualdad de trato significa discriminación, sino aquella que no está razonablemente justificada. La igualdad no es matemática, sino igualdad ante circunstancias iguales o similares y no admite el establecimiento de discriminaciones arbitrarias. Así, la igualdad tributaria admite establecer un tratamiento diferenciado por categorías de contribuyentes.
- c) *El principio de uniformidad.* Consiste en que todos los contribuyentes comprendidos dentro de una misma categoría deben soportar igual gravamen. Asimismo, la uniformidad tributaria puede ser entendida como la aplicación igual de un mismo tributo dentro del territorio nacional.
- d) *El principio de capacidad contributiva.* Para que el trato tributario sea igual es preciso tratar a las personas de forma diferente, de acuerdo a su capacidad contributiva; y el trato diferente, respetuoso de la igualdad, consiste en que la tributación debe ser mayor si la capacidad contributiva es mayor.
- e) *La progresividad tributaria.* La capacidad contributiva se complementa con la progresividad. El trato igual se logra mediante la variación de la alícuota a medida que varía la base imponible del tributo. La concepción de conexionar el principio de igualdad con el principio de progresividad se orienta a una mejora sustantiva en el proceso de redistribución de la riqueza.

2.3. El principio de no confiscatoriedad

En rigor, el principio de no confiscatoriedad es un principio rector de la constitución financiera, dirigido a garantizar el respeto por parte del sistema tributario de otros principios y derechos consustanciales a la constitución económica, tales como el derecho a la propiedad privada, la libertad de empresa y la economía social de mercado. En esa dirección, el tributo

no debe alcanzar tal magnitud que desnaturalice o haga desaparecer la renta o el patrimonio del individuo.

3. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DEL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DEL ESTADO

3.1. El principio de legalidad presupuestaria

El principio reconocido más antiguo y fundamental en materia presupuestaria es el principio de legalidad, que establece que solo por ley se aprueban y autorizan la captación de los ingresos y a efectuar gastos del Estado. En nuestro ordenamiento se puede afirmar que sin ley no hay gasto público. En ese sentido, el artículo 77 de la Constitución peruana de 1993 declara que: «La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso».

El principio de legalidad presupuestaria implica para el gasto público dos efectos principales: le sirve de fuente de gasto y como condición para su regularidad. Es así un factor determinante para la eficacia de los actos y contratos de la Administración de modo que devienen nulos los actos administrativos cuyo importe no se ajuste a las autorizaciones presupuestarias.

3.2. El principio de anualidad

El artículo 77 de la Constitución establece que la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que *anualmente* aprueba el Congreso.

En esa misma dirección, el artículo IX del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto —LGSNP— prevé que la Ley de Presupuesto tiene vigencia anual y coincide con el año calendario. Asimismo, establece que durante dicho periodo se afectan los ingresos percibidos dentro del año fiscal, cualquiera sea la fecha en los que se hayan generado, así como los gastos devengados que se hayan producido con cargo a los respectivos créditos presupuestarios durante el año fiscal.

3.3. El principio de competencia

En el proceso presupuestario se distinguen cuatro fases que a grandes rasgos son: dos fases, aprobación y control, son dominadas por el Parlamento y otras dos, elaboración y ejecución, son dominadas por el Ejecutivo.

Es así que conforme al artículo 102, inciso 4 de la Carta de 1993, es atribución del Congreso aprobar el Presupuesto y la Cuenta General, mientras que como contrapartida se prevé en el inciso 17 del artículo 118, que es atribución del presidente de la República administrar la hacienda pública.

En este sentido, el Congreso, de acuerdo a nuestra Norma Suprema en sus artículos 56, inciso 4; 77; 79; 80; 81 y 102, inciso 4, es el órgano constitucionalmente habilitado para aprobar la Ley de Presupuesto, sus modificaciones, la cuenta general y las obligaciones financieras que se encuentran acordadas en tratados internacionales. La función presupuestaria del Congreso no es delegable en la Comisión Permanente ni en el Poder Ejecutivo, conforme a los artículos 101, inciso 4 y 104 de la Norma Suprema. La única excepción es que el Presupuesto no se apruebe dentro del plazo constitucional. En ese supuesto, si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo hasta el treinta de noviembre, entra en vigencia el Proyecto de este, que es promulgado por decreto legislativo, conforme al artículo 80 de la Carta.

Sin perjuicio de la función presupuestaria del Congreso se establece una interdicción a los Congresistas en materia de iniciativa de gasto: es una excepción a la iniciativa legislativa que gozan los parlamentarios, prevista en el artículo 79 de la Constitución, conforme a la cual se encuentran inhabilitados para proponer la generación de un nuevo egreso presupuestal no previsto o el incremento en un monto menor.

Actualmente, predomina el criterio de que la iniciativa de gasto solo puede surgir del Poder Ejecutivo, limitando al Congreso poder rechazar, modificar la estructura de gasto o de su financiamiento dentro del proyecto global o disminuir el proyecto de presupuesto, pero nunca incrementarlo.

3.4. El principio de anticipación

Está referido a la necesidad de tener un marco legal aprobado para su vigencia al inicio del año fiscal, con la finalidad de que todos los gastos e ingresos que sean realizados por la Administración cuenten con una autorización parlamentaria previa y con cobertura legal que los valide, evitándose regularizaciones posteriores.

El artículo 78 de la Norma Suprema prevé que el presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año. Esta norma es complementada con la disposición del artículo 80° de la Constitución que establece un proceso de reconducción presupuestal que claramente favorece al Ejecutivo. Así, si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo hasta el treinta de noviembre entra en vigencia el Proyecto de este, que es promulgado por decreto legislativo.

3.5. El principio de unidad y universalidad presupuestaria

En rigor, se trata de dos principios diferentes y complementarios entre sí: unidad y universalidad presupuestaria.

El principio de unidad está explícito en el artículo V del Título Preliminar de la LGSNP, que declara que: «Todos los ingresos y gastos del Sector Público, así como todos los Presupuestos de las Entidades que lo comprenden, se sujetan a la Ley de Presupuesto del Sector Público». Ello supone proscribir cualquier supuesto de administración de recursos ingresados sin el correspondiente paso presupuestario (cuentas o ingresos extra-presupuestarios) entre las entidades públicas.

Sobre el particular, la Norma Suprema prevé en su artículo 77 que la administración financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso y que al estructurarlo debe considerar dos secciones: el gobierno central e instancias descentralizadas.

En suma, son ventajas del principio de unidad permitir apreciar si el presupuesto está equilibrado, facilitar la claridad y orden en las cuentas, y por ende el control parlamentario.

De otro lado, tenemos el principio de universalidad del presupuesto. Para cumplir su función de reflejo de la situación del sector público es necesario que informe sobre todos los ingresos, gastos y riesgos financieros que conforman la hacienda pública.

3.6. El principio de equilibrio presupuestario

Este principio está reconocido expresamente en el segundo párrafo del artículo 78 de la Constitución de 1993, el que dispone que el proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado. En ese mismo orden de ideas, el artículo I del Título Preliminar de la LGSNP declara que: «El Presupuesto del Sector Público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, estando prohibido incluir autorizaciones del financiamiento correspondiente».

Cabe subrayar que la Norma Suprema solo alude a la obligación del Poder Ejecutivo de presentar un proyecto presupuestal efectivamente equilibrado. La obligación de que el presupuesto finalmente aprobado sea equilibrado surge del precitado artículo I del Título Preliminar de la LGSNP.

3.7. El principio de exclusividad presupuestaria

El desarrollo de este principio es legislativo antes que constitucional. Es así que el artículo XIII del Título Preliminar de la LGSNP declara que la Ley Anual de Presupuesto contiene, con exclusividad, disposiciones de orden presupuestal.

En su dimensión constitucional se ha trazado una línea divisoria entre la materia estrictamente presupuestaria y la tributaria. En esa dirección, el

artículo 74 de la Norma Suprema establece que las leyes de presupuesto no pueden contener normas sobre materia tributaria.

El problema de aplicación del principio resulta complejo cuando se trata de otras normas —no tributarias— ajenas a la materia estrictamente presupuestaria.

De hecho, ha sido práctica frecuente incluir preceptos de la más diversa índole, entre ellos algunos que suponen modificaciones y derogaciones de normas jurídicas. Así, ha sido una práctica viciosa incorporar en la Ley Anual de Presupuesto disposiciones que no constituyen desarrollo o la instrumentación necesaria para que puedan realizarse las previsiones económicas contenidas en los estados de gastos e ingresos que fundamentalmente constituyen la naturaleza nuclear e intrínseca de los presupuestos.

3.8. El principio de justicia financiera

La justicia en el gasto público es entendida más que como un principio general como un valor superior del ordenamiento jurídico: el valor de la justicia financiera. Así, nuestro texto constitucional incorpora una diversidad de mandatos que contienen fines sociales del Estado, que no pueden ser considerados meramente programáticos, sino que suponen obligaciones y exigencias derivadas del valor justicia financiera:

- El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización (artículo 77 de la Constitución).
- Corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon (artículo 77 de la Constitución).

- Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del presupuesto de la República (artículo 16, parte final, de la Constitución).

3.9. El principio de publicidad y transparencia fiscal

La publicidad es un principio fundamental del Estado de derecho y constituye a su vez una garantía para la seguridad jurídica. Solo los regímenes autoritarios niegan la transparencia de sus actos legislativos y de sus decisiones de gobierno. Con el pretexto de la «seguridad nacional» no se puede justificar poderes sin control o la existencia de funcionarios que no se sometan a la fiscalización del Congreso, la Defensoría del Pueblo y de la Contraloría General, así como de la vigilancia de la sociedad civil.

En materia fiscal, la publicidad y transparencia son fundamentales para la fiscalización de las finanzas públicas, que es el instrumento utilizado por la mayoría de los cuerpos legislativos del mundo para influir en el diseño de las políticas públicas, para vigilar su implementación y para frenar y combatir la corrupción y la mala administración gubernamental.

En esa dirección, no debe admitirse partidas secretas en la Ley de Presupuesto. Las normas secretas en materia presupuestaria contravienen el Estado de derecho, pues la opacidad constituye el ambiente propicio para la corrupción gubernamental.

4. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son los principios rectores del poder tributario del Estado?
2. ¿Cuál es la importancia del principio de legalidad presupuestaria?
3. ¿Los congresistas gozan de iniciativa de gasto público?
4. ¿La constitución financiera asume el principio de justicia?

CAPÍTULO 14
TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
ECONÓMICOS

**1. EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO COMO
INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN**

La Constitución peruana de 1993 estableció al Tribunal Constitucional en su artículo 201, al cual le asigna el rol de órgano de control de la Constitución. Su antecedente se encuentra en el Tribunal de Garantías Constitucionales, previsto en la Constitución de 1979, en su artículo 296 con la misma definición. Nos hemos referido reiteradamente al Tribunal Constitucional como el supremo intérprete de la Constitución, además de garante y de guardián de ella como Norma Suprema del ordenamiento.

Así, en el ejercicio de ese rol, el Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia del caso Nesta, Expediente 0008-2003-AI/TC, pronunciada el 11 de noviembre de 2003, determinó con precisión las libertades económicas que fundamentan el régimen económico en la Constitución peruana de 1993.

Además, su rol es particularmente relevante en materia de derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el capítulo II del Título I de la Norma Suprema («De la Persona y de la Sociedad») o de las disposiciones del Título III («Del Régimen Económico») que desarrollan los principios del Estado social y democrático de derecho, que está

proclamado en el artículo 43 de la Constitución peruana de 1993: «La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana».

2. LOS ENTES REGULADORES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y EL INDECOPI

2.1. Organismos reguladores

Los organismos reguladores son entidades con personería jurídica de derecho público propia que forman parte de la Administración. En términos generales, puede considerarse que tienen un cierto margen de independencia frente al gobierno, específicamente del Poder Ejecutivo, un carácter eminentemente técnico y normalmente reglado para las decisiones que adoptan, lo que limita la dirección gubernamental tradicional. En la doctrina, constituyen un tipo de autoridades administrativas independientes, con un ámbito competencial propio y exclusivo y eximidas del sometimiento a órdenes o instrucciones del gobierno. Su marco legal está previsto en el artículo 32 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y en Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley 27332.

Los organismos reguladores se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados y para garantizar su adecuado funcionamiento, asegurando cobertura de atención a todo el territorio nacional. Implica la búsqueda de equilibrio entre intereses generales o entre derechos fundamentales, que se limitan mutuamente, así como la actuación para concretar los principios o valores que deben regir la conducta de agentes públicos y privados.

El cometido principal de los organismos reguladores en el Perú es el control de la prestación de un servicio público, según la finalidad específica dispuesta en la ley, respondiendo al mandato genérico contemplado en el artículo 65 de la Constitución vigente, que encomienda al Estado la protección de los derechos de los usuarios.

En el Perú, se han creado organismos reguladores en el ámbito de los servicios públicos, tales como saneamiento (SUNASS), energía (OSINERGMIN), telecomunicaciones (OSIPTEL) e infraestructura de transporte público (OSITRAN).

2.2. El instituto de Defensa de la Competencia: INDECOPI

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) se rige por el Decreto Legislativo 1033, decreto legislativo que aprueba su ley de organización y funciones. Esta norma lo reconoce como organismo público especializado con personería jurídica de derecho público, gozando de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa, y adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Las principales funciones del INDECOPI son vigilar la libre iniciativa privada y la libre empresa, la eliminación de barreras burocráticas, defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas, corregir las distorsiones causadas por el *dumping* y los subsidios, proteger los derechos de los consumidores, proteger el crédito mediante la conducción del sistema concursal y administrar el sistema de otorgamiento y protección de los derechos intelectuales en sus dos ramas tradicionales, la propiedad industrial y el derecho de autor. Esta institución *sui generis* está facultada para emitir directivas en las áreas de su competencias, supervisar y fiscalizar actividades económicas, iniciar procedimiento de oficio, imponer sanciones, ordenar medidas cautelares, dictar medidas correctivas, entre otras más, resolver los conflictos que se le sometan.

El INDECOPI fue concebido como un ente autónomo técnica, económica y administrativamente, encargado de proteger el mercado de las prácticas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia, de la sanción de aquellas que generen competencia desleal, así como de proteger los derechos de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, sea como propiedad industrial o como derecho de autor. Es también el organismo encargado de sancionar la publicidad

engañosa y dirigir el sistema destinado a la protección de los consumidores. Cuenta con el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, que es un órgano con autonomía técnica y funcional constituido por Salas especializadas, cuyas resoluciones pueden ser impugnadas en la vía judicial mediante el proceso contencioso administrativo.

Como bien se ha precisado en la doctrina, el INDECOPI no es propiamente un ente regulador, sino una «agencia de competencia», pues si bien ambos persiguen conceptualmente el bienestar de los consumidores, la «agencia» actúa cuando la competencia es posible y hay que preservarla, mientras que la regulación es una opción cuando ella no es posible o es difícil esperar que surja competencia.

3. LA SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES

La finalidad de la regulación del mercado de valores debe ser la protección del inversionista. Se sostiene que tanto la eficiencia de los mercados valores o su buen funcionamiento, como la protección del inversionista son dos fines en sí mismos. Y no puede olvidarse, de otro lado, que la captación de capitales mediante la emisión de acciones y bonos se realiza con frecuencia a través de las bolsas de valores.

Mediante el *principio de transparencia* busca facilitar a los inversionistas la información veraz, suficiente y oportuna respecto de los agentes del mercado y de los valores que se negocien en él. El artículo 1 del Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), aprobado por Decreto Ley 26126, modificado por la Ley 29782, actualmente establece que la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) es una persona jurídica de derecho público, que tiene por finalidad velar por la protección de los inversionistas, la eficiencia y transparencia de los mercados bajo su supervisión, la correcta formación de precios y la difusión de toda

la información necesaria para tales propósitos, a través de la regulación, supervisión y promoción.

4. LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La democracia como forma de gobierno debe ser defendida por efectivos controles. Una de las instituciones de defensa de los valores de la democracia y del Estado social y democrático de derecho es el Defensor del Pueblo, al punto que la Defensoría del Pueblo ha sido calificada como un signo de identidad y legitimidad democrática.

Debe destacarse que la influencia del Defensor del Pueblo reside en su *autorictas*, en el sentido romano del término, en una ascendencia o influjo moral asentado en la tradición que el Defensor del Pueblo debe conseguir por su permanente contacto con el pueblo y con la Administración. Es por ello que constituye como se afirma en la doctrina una «magistratura de la persuasión».

En el régimen constitucional peruano se instituyó la Defensoría del Pueblo en la Constitución peruana de 1993, y le asignó en su artículo 162 las siguientes competencias y atribuciones:

- a) Defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.
- b) Supervisar el cumplimiento de los deberes de la Administración estatal.
- c) Supervisar la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

En materia de los derechos económicos, sociales y culturales o de acciones positivas o prestacionales del Estado, es particularmente relevante la competencia de la Defensoría del Pueblo de supervisión de la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía que la habilita para proteger los derechos de los usuarios.

5. LAS VÍAS JUDICIALES DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ECONÓMICOS

Las vías judiciales para la tutela de los derechos fundamentales económicos son: el proceso de amparo, el proceso de hábeas data, el proceso de inconstitucionalidad, el proceso de acción popular y el proceso de cumplimiento, previstas en los incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 200 de la Norma Suprema y reguladas en el Código Procesal Constitucional.

El *proceso de amparo* procede contra la acción u omisión de parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos en la Constitución, distintos a los de la libertad individual o física.

Como se sostiene en la doctrina, el proceso de amparo constituye una tutela privilegiada que cuenta con un trámite procesal más acelerado por la naturaleza prevalente del derecho en litigio: los derechos fundamentales. Así, el amparo se configura como un proceso urgente que corresponde a la llamada *tutela de urgencia constitucional*, pues exige una protección inmediata a los derechos amenazados o vulnerados.

El artículo 45 del Código Procesal Constitucional prevé que solo procede recurrir al amparo si se han agotado las vías previas. Así, si el demandado es una entidad del Estado, la vía previa es el procedimiento administrativo previsto en la ley para impugnar el supuesto acto lesivo cometido por la Administración.

La Constitución peruana de 1993, en su artículo 200.3, prevé el proceso de *hábeas data* que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza, los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5) y 6) de la Norma Suprema. El inciso 5 del artículo está referido al derecho de acceso a la información, en tanto que el inciso 6 reconoce el derecho a la denominada *libertad informática*.

Con relación a la libertad informática, la doctrina destaca que determinada información no está en el ámbito de la intimidad de las

personas, especialmente la que tiene un rol destacado en la actividad económica, pues aun cuando las personas quisieran mantener en absoluta reserva antecedentes económicos negativos, se acepta que tiene un rango superior el interés de los terceros en conocer esos antecedentes en sus relaciones comerciales o patrimoniales.

Para la tutela de los derechos constitucionales económicos es relevante el *hábeas data informativo* que tutela el derecho de *acceso a la información*, a que se refiere el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución. Este derecho puede ser entendido como la facultad que tiene toda persona de tomar conocimiento de la información considerada disponible, dentro del contexto de lo que se tiene por información pública, salvo las excepciones razonablemente establecidas de intimidad personal, seguridad nacional y materias sometidas a reserva legal. Su relevancia radica en que la persona puede acceder a toda documentación administrativa en poder una entidad estatal y de este modo participar en la toma de decisiones, fomentando la transparencia en la gestión pública. El derecho fundamental de acceso a la información pública está regulado en nuestro ordenamiento en la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

El inciso 6 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú consagra el *proceso de cumplimiento*, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo sin perjuicio de las responsabilidades de ley. El proceso de cumplimiento es considerado como un adecuado instrumento como garantía de cumplimiento del acto debido en el caso de que el mandato emane de un acto administrativo emitido por autoridad competente y sea firme.

El sistema de justicia constitucional en el Perú combina el denominado control difuso de constitucionalidad, como el poder-deber de todos los jueces al resolver sobre casos concretos de desaplicar las leyes que consideren contrarias a la Constitución aplicando preferentemente el texto fundamental, conforme al artículo 138 de la Carta de 1993, con el denominado control

concentrado de constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley, asignado exclusivamente al Tribunal Constitucional.

Es así que la *acción de inconstitucionalidad* está prevista en el inciso 4 del artículo 200 de la Norma Suprema. 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.

Cabe resaltar que la legitimación activa para plantear el proceso de inconstitucionalidad, en el Perú, es restringida a determinados órganos y sujetos. Así, el artículo 203 de la Constitución Política del Perú prevé que están habilitados para interponer la acción de inconstitucionalidad:

- a) El presidente de la República (inciso 1);
- b) El fiscal de la nación (inciso 2);
- c) El defensor del pueblo (inciso 3);
- d) El 25% del número legal de congresistas (inciso 4);
- 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 el número de firmas anteriormente señalado (inciso 5);
- f) Los presidentes de región, con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional o los alcaldes provinciales con acuerdo de su concejo, en materia de su competencia (inciso 6); y
- g) Los colegios profesionales en materia de su especialidad (inciso 7).

La Constitución de 1993, en el inciso 5 del artículo 200 prevé el proceso de acción popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. Es considerado en la doctrina como un proceso de control abstracto,

concentrado, de normas infralegales de carácter general, confiado en exclusiva al Poder Judicial, órgano jurisdiccional que en un proceso directo declarará si estas son contrarias o no a la Constitución y a ley. Se establece su naturaleza de acción pública en el artículo 84 del Código Procesal Constitucional al reconocer legitimidad procesal para interponer demanda de acción popular a toda persona.

6. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El tema del procedimiento administrativo y la justicia administrativa debe ser considerado como uno de los aspectos fundamentales que estructuran un Estado de derecho, por cuanto están orientados desde una concepción garantista para la protección jurídica del ciudadano. Las normas generales de procedimiento administrativo están reguladas en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), Ley 27444.

También es de destacar el rol que el artículo 48 de la LPAG reconoce a la Comisión de eliminación de barreras burocráticas del INDECOPI en materia de control de barreras burocráticas de acceso al mercado, aun cuando pueda ser una cuestión jurídicamente opinable que se califique al ejercicio de funciones de imperio del Estado como barreras de acceso al mercado, en el sentido de monopolísticas o perturbadoras de la libre competencia.

El instrumento de control en nuestro sistema jurídico es el proceso contencioso administrativo que se encuentra previsto en la Constitución peruana de 1993 en el artículo 148 que establece: «Las resoluciones administrativas que causen estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa». El contencioso administrativo ha ido evolucionando para garantizar la efectividad de la Constitución y el equilibrio de poderes. Para adaptarse a las necesidades actuales, el proceso contencioso administrativo evolucionó hasta convertirse en un proceso de plena jurisdicción en el cual el órgano jurisdiccional

dispone de un poder pleno para resolver acerca de la existencia y titularidad de un derecho subjetivo del recurrente, sustituyendo, en su caso, el contenido del acto o resolución de la Administración que se declara nulo por el juez administrativo.

7. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son los fundamentos del sistema económico constitucional según nuestro Supremo Tribunal?
2. ¿En qué ámbitos actúa la tutela de los organismos reguladores?
3. ¿Cuál es el propósito que persigue el INDECOPI y el ámbito de su acción?
4. ¿Cuáles son las vías procesales para la tutela de los derechos económicos?

ANEXO
SENTENCIAS RELEVANTES DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO I. ¿QUÉ ES EL DERECHO CONSTITUCIONAL
ECONÓMICO?

STC Exp. 034-2004-PI/TC. «Caso Luis Nicanor Maraví Arias c. Congreso de la República».

CAPÍTULO III. LOS DERECHOS ECONÓMICOS

STC Exp. 0048-2004-PI/TC. «Caso José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos».

STC Exp. 005-2003-AI/TC. «Caso del contrato-ley celebrado entre la Compañía Peruana de Teléfonos con el Estado Peruano».

STC Exp. 3330-2004-AA/TC. «Caso Ludesminio Loja Mori».

STC Exp. 22-96-I/TC. «Caso Colegio de Ingenieros del Perú».

STC Exp. 05614-2007-PA/TC. «Caso Aspíllaga Anderson Hermanos».

STC Exp. 0018-2007-PI/TC. «Caso Municipalidad Provincial de Castilla».

STC Exp. 0031-2004-AI/TC. «Caso Máximo Yauri Salazar».

STC Exp. 3330-2004-AA/TC. «Caso Ludesminio Loja Mori».

CAPÍTULO IV. LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD

STC Exp. 921-AA/TC. «Caso Valentín Chalco Huamán».

STC Exp. 0008-2003-AI/TC. «Caso Roberto Nesta Brero».

STC Exp. 1776-2004-AA/TC. «Caso Víctor Augusto Morales Medina».

STC Exp. 03610-2008-PA/TC. «Caso World Cars Import».

STC Exp. 0048-2004-PI/TC. «Caso José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos».

STC Exp. 0018-2001-AI/TC. «Caso Colegio de Abogados del Santa».

STC Exp. 0964-2002-AA/TC. «Caso Alida Cortez Gómez de Nano».

CAPÍTULO V. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

STC Exp. 0008-2003-AI/TC. «Caso Roberto Nesta Brero».

CAPÍTULO VI. LA LIBERTAD DE EMPRESA

STC Exp. 3330-2004-AA/TC. «Caso Ludesminio Loja Mori».

CAPÍTULO VII. LA LIBERTAD DE COMERCIO

STC Exp. 2633-2002-AA/TC. «Caso Hilda Anaya Cárdenas».

STC Exp. 0017-2004-AI/TC. «Caso Hugo Norberto Bravo Cotos».

STC Exp. 0031-2005-PI/TC. «Caso Presidente de la República c. Gobierno Regional de Tacna».

CAPÍTULO IX. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD Y LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

STC Exp. 0008-2003-AI/TC. «Caso Roberto Nesta Brero».

CAPÍTULO X. SERVICIOS PÚBLICOS ECONÓMICOS Y SOCIALES

STC Exp. 034-2004-PI/TC. «Caso Luis Nicanor Maraví Arias c. Congreso de la República».

STC Exp. 00011-2013-PI/TC. «Caso Ley de Protección a la Economía Familiar».

STC Exp. 2945-2003-AA/TC. «Caso Azanca Alhelí Meza García».

CAPÍTULO XI. DOMINIO PÚBLICO DEL ESTADO, RECURSOS NATURALES Y DIVERSIDAD BIOLÓGICA

STC Exp. 00025-2009-PI/TC. «Caso Gonzalo Tuanama Tuanama».

STC Exp. 0048-2004-PI/TC. «Caso José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos».

STC Exp. 06546-2006-PA/TC. «Caso César Augusto Zúñiga López».

STC Exp. 006-2000-AI/TC. «Caso Guiomar Seijas Dávila y sesenta y seis Congresistas de la República».

STC Exp. 5719-2005-PA/TC. «Caso Pesquera Mistral S.A.»

STC Exp. 0001-2012-PI/TC. «Caso Fiscal de la Nación contra el Gobierno Regional de Cajamarca».

STC Exp. 03343-2007-PA/TC. «Caso Jaime Hans Bustamante Johnson» o «Caso Cordillera Escalera».

CAPÍTULO XIII. RÉGIMEN TRIBUTARIO Y PRESUPUESTARIO

STC Exp. 6626-2006-PA/TC. «Caso Importadora y Exportadora A.S. S.C.R.L.»

STC Exp. 03797-2006-AA. «Caso Scotiabank Perú S.A.A.».

STC Exp. 2762-2002-AA/TC. «Caso British American Tobacco South America Limitada».

STC Exp. 2727-2002-AA/TC. «Caso Compañía Minera Caudalosa S.A.».

STC Exp. 1311-2000-AA/TC. «Caso British American Tobacco South America Limitada Sucursal del Perú».

STC Exp. 0041-2004-AI/TC. «Caso Walter Albán Peralta. Defensor del Pueblo c. Municipalidad Distrital de Surco».

STC Exp. 004-20014-CC/TC. «Caso Poder Judicial c. Poder Ejecutivo».

CAPÍTULO XIV. TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ECONÓMICOS

STC Exp. 0008-2003-AI/TC, «Caso Roberto Nesta Brero».

STC Exp. 1963-2006-PA/TC. «Caso Ferretería Salvador S.R.L.».

BIBLIOGRAFÍA

- Andaluz, Carlos (2006). *Manual de derecho ambiental*. Lima: Proterra.
- Ariño, Gaspar (1993). *Economía y estado*. Madrid: Marcial Pons.
- Ariño, Gaspar (2004). *Principios de derecho público económico*. Lima: ARA.
- Avendaño, Jorge (1994). El derecho de propiedad en la Constitución. *Themis*, 30, 117-122.
- Barquero, Juan (2002). *La función del tributo en el Estado social y democrático de derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bassols Coma, Martín (1988). *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos.
- Bernales, E. (1997). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: ICS.
- Bidart Campos, Germán (2002). *La Constitución Económica*. México: Cuestiones Constitucionales 86.
- Cassagne, Juan C. (1994). *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Clapham, R. (1980). La economía social de mercado como sistema político. En *Economía social de mercado*. Coloquio Peruano-Alemán en Lima, 29 de junio y 1º de julio de 1979. Lima: Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana.

- Congreso Constituyente Democrático (2004). *Diario de debates*. Comisión de Constitución y Reglamento. Tomos IV y V. Lima.
- Congreso Constituyente Democrático (1993). *Diario de debates*. Pleno. Tomo II. Lima.
- Contreras P., Francisco (1996). *Defensa del Estado social*. Sevilla: Universidad de Sevilla
- Dalla Via, Alberto (1999). *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Espinoza, E. J. (2006). *Derecho de los consumidores*. Lima: Rhodas.
- Fernández Segado, Francisco (1994). El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993. En *La Constitución peruana de 1993* (pp. 27-68). Lima: Grijley.
- Font Galan, Juan (1987). *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos.
- Galbraith, John Kenneth (1997). *Una sociedad mejor*. Barcelona: Crítica.
- Galgano, Francesco (1980). *Las instituciones de la economía capitalista*. Valencia: Fernando Torres.
- García Belaunde, Domingo (1986). La constitución económica peruana (la dimensión económica formal). *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 20.
- Instituto Apoyo (1992). *La reforma de los contenidos económicos de la Constitución de 1979*. Lima: Apoyo.
- Kresalja, Baldo (1999). El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos. *Themis*, 39, 39-98.
- Kresalja, Baldo (2001). La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993. *Ius et Veritas*, 22, 272-306.
- Kresalja, Baldo (2003). Rol del Estado en la economía. *Revista Legal Express*, marzo. Lima.

- Kresalja, Baldo (2004). *La libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado*. Lima: PUCP.
- Kresalja, B., & C. Ochoa (1999). Propuesta para un nuevo régimen económico constitucional. *Pensamiento Constitucional*, 6, 729-790.
- Martín Mateo, Ramón (2003). *El marco público de la economía de mercado*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- Martín-Retortillo Baquer, Sebastián (1988). *Derecho administrativo económico*. Madrid: La Ley.
- Monteagudo V., Manuel (2010). *La independencia del Banco Central*. Lima: Banco Central de Reserva; Instituto de Estudios Peruanos; Universidad del Pacífico.
- Morón, Juan Carlos (1999). Los fundamentos constitucionales de la administración financiera peruana. *Thémis*, 39, 157-187.
- Ochoa, César (1987). Economía y Constitución: la influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979. En Francisco Eguiguren, coord., *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Cultural Cuzco.
- Pinilla Cisneros, Antonio (1999). *Los contratos-ley en la legislación peruana*. Lima: Universidad de Lima.
- Planas, Pedro (1999). *El fujimorato. Estudio político constitucional*. Lima: Talleres Gráficos Nelly.
- Rubio, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: PUCP.
- Ruiz Caro, Ariela (2002). *Concertación nacional y planificación estratégica: elementos para un nuevo consenso*. Santiago de Chile: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social-ILPES.
- Sola, Juan V. (2004). *Constitución y economía*. Buenos Aires: Lexis Nexis y Abeledo Perrot.
- Suárez Llanos, L. (1989). *Derecho, economía, empresa*. Madrid: Civitas.

Viciano, J. (1995). *Libre competencia e intervención pública en la economía*.
Valencia: Tirant lo Blanch.

Vildósola, Julio (1999). *El dominio minero y el sistema convencional en América
Latina*. Caracas: Latina.

VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez
29. *Derecho de la niñez y adolescencia*. María Consuelo Barletta Villarán
30. *La interpretación de la ley. Teoría y métodos*. Shoshana Zusman T.
31. *Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú*. Christian Donayre Montesinos
32. *Derecho tributario. Impuesto a la renta: aspectos significativos*. Humberto Medrano
33. *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Javier La Rosa y Gino Rivas
34. *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Róger Rodríguez Iturri
35. *Análisis económico del derecho*. Alfredo Bullard
36. *Derecho procesal constitucional*. César Landa

37. *La Sunat y los procedimientos administrativos tributarios.*
Carmen del Pilar Robles Moreno
38. *Introducción al derecho de las telecomunicaciones.* Diego Zegarra Valdivia
39. *La Defensoría del Pueblo en el Perú y en el mundo.* Walter Albán
40. *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales.*
Janeyri Boyer Carrera
41. *Derecho individual del trabajo en el Perú.* Víctor Ferro Delgado
42. *El proceso y la tutela de los derechos.* Giovanni F. Priori Posada
43. *El proceso contencioso-administrativo.* Ramón Huapaya Tapia

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
agosto 2019 Lima - Perú

Este libro es una guía para comprender y aplicar los fundamentos del derecho constitucional económico, pues desarrolla los principios del derecho público de la economía, el rol de la constitución económica como marco jurídico fundamental de la economía social de mercado, el derecho de la empresa y de la competencia, el derecho tributario, los servicios públicos, el régimen presupuestario, la descentralización económica y fiscal, y el ordenamiento monetario y bancario.

BALDO KRESALJA ROSSELLÓ es abogado por la PUCP y Magíster en Administración de Negocios por ESAN, con estudios de posgrado en la Universidad de Wisconsin. Ha sido ministro de Justicia, es miembro de número de la Academia Peruana de Derecho y profesor principal de la Facultad de Derecho de la PUCP.

CÉSAR OCHOA CARDICH es abogado por la PUCP, donde desde 1991 es profesor ordinario del Departamento de Derecho en los cursos de Derecho Administrativo. Ha sido profesor de Derecho Constitucional Económico en la Escuela de Posgrado de la PUCP. Ejerce como abogado constitucionalista en Amprimo & Flury Abogados.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

**FONDO
EDITORIAL**

