

Segunda edición

Derecho constitucional económico

Tomo I: Economía social
de mercado y derechos
económicos fundamentales

Baldo Kresalja
César Ochoa



DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

TOMO I: ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y DERECHOS ECONÓMICOS FUNDAMENTALES

Baldo Kresalja y César Ochoa

DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

Tomo I

Economía social de mercado y derechos económicos
fundamentales

Segunda edición



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Centro Bibliográfico Nacional

343.2 Kresalja R., Baldo, 1941-
K81 Derecho constitucional económico / Baldo Kresalja y César Ochoa.-- 2a ed.--
2020 Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2020 (Lima: Tarea
Asociación Gráfica Educativa).
2 t.; 24 cm.

Bibliografía: t.2, p. 531-592.
Contenido: t.1. Economía social de mercado y derechos económicos fundamentales
-- t.2. Recursos naturales, servicios públicos y régimen financiero.
D.L. 2020-02888
ISBN 978-612-317-554-2 (t.1)

1. Derecho constitucional - Perú 2. Derecho económico - Perú 3. Derecho y economía
I. Ochoa, César, 1959- II. Pontificia Universidad Católica del Perú III. Título

BNP: 2020-009

Derecho constitucional económico

Tomo I: Economía social de mercado y derechos económicos fundamentales

© Baldo Kresalja y César Ochoa, 2020

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2020

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

Primera edición: setiembre de 2009

Segunda edición: marzo de 2020

Tiraje: 600 ejemplares

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

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2020-02888

ISBN: 978-612-317-554-2

Registro del Proyecto Editorial: 31501362000186

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

ÍNDICE

Prólogo	13
Introducción. La constitución económica de 1993: antecedentes y contenido esencial	15
CAPÍTULO 1. LA DIGNIDAD HUMANA Y LA EVOLUCIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN SU DIMENSIÓN ECONÓMICA	25
1. Dignidad y derechos	25
2. Proyecto de vida	26
3. Cuestionamiento de los derechos humanos	27
4. Reconocimiento mundial	29
5. El artículo 1 de la Constitución peruana	35
6. El derecho al bienestar	38
7. Economía y Estado al servicio del hombre	40
8. La dignidad del ser humano como principio del derecho internacional	41
9. La exigencia de los derechos humanos	44
CAPÍTULO 2. ASPECTOS HISTÓRICOS, IDEOLÓGICOS E INSTITUCIONALES DEL CAPITALISMO	47
1. Los orígenes del capitalismo	47
2. Caracterización del capitalismo	49
3. Conexión del capitalismo con el liberalismo	50
4. Las etapas históricas del capitalismo	53
5. Elementos contemporáneos	55
6. El espíritu del capitalismo	56
7. La influencia neoliberal	59
8. El proceso globalizador	64
CAPÍTULO 3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS RELACIONES ESTADO-MERCADO EN EL PERÚ	69
1. Cuestiones preliminares	69
2. Época prehispánica	70
3. Época colonial	76

4. Época republicana	89
4.1. La Independencia y el siglo XIX	89
4.2. El siglo XX	105
5. El modelo neoliberal autoritario de la década de 1990	125
6. De Paniagua a Humala: los gobiernos democráticos del nuevo siglo	129
7. Síntesis crítica	134
8. Los retos del siglo XXI	141

CAPÍTULO 4. DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO AL ESTADO DE JUSTICIA 149

1. Surgimiento del Estado de bienestar	149
2. El tránsito del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho	153
3. Crisis y reconversión del Estado de bienestar	156
4. Dimensión ética del Estado social y la propuesta del Estado social como Estado de justicia	161
5. El Estado social de derecho como un Estado de cultura. El derecho de acceso a la cultura y al desarrollo científico-tecnológico	163
6. Contenido material de la cláusula del Estado social de derecho	167
7. Valor normativo de la cláusula del Estado social de derecho	169
8. El Estado social en las constituciones peruanas de 1979 y 1993	170
9. El ámbito extraconstitucional: el Foro del Acuerdo Nacional	174

CAPÍTULO 5. EL DERECHO PÚBLICO DE LA ECONOMÍA

Y LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA 179

1. El derecho público de la economía: objeto y contenido	179
2. La constitución económica	185
2.1. Los orígenes	185
2.2. Definiciones	187
2.3. Contenido	188
2.4. La unidad constitucional: vinculación entre libertad política y libertad económica	191
2.5. Sobre la neutralidad de la constitución económica	192
2.6. Consideraciones finales	193
2.7. Características de la constitución económica peruana	194
3. La interpretación de la finalidad de la constitución económica: el rol de los jueces y el Tribunal Constitucional	195
4. El análisis económico del derecho y el derecho constitucional económico	198

CAPÍTULO 6. LA ORDENACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO EN LAS CONSTITUCIONES DE EUROPA OCCIDENTAL, ESTADOS UNIDOS Y AMÉRICA LATINA 203

1. Las constituciones económicas europeas después de la Segunda Guerra Mundial	203
1.1. Constitución italiana de 1947	203
1.2. Ley Fundamental de Bonn de 1949	205
1.3. Constitución francesa de 1958	206
1.4. Constitución portuguesa de 1976	207
1.5. Constitución española de 1978	208

1.6. La Constitución de la Confederación Suiza de 1999	209
1.7. La constitución económica de la Unión Europea	210
2. El constitucionalismo económico de los Estados Unidos de América	216
3. El constitucionalismo económico en América Latina	223
3.1. Constitución panameña de 1972	223
3.2. Constitución chilena de 1980	224
3.3. Reforma de 1983 de la Constitución mexicana de 1917	225
3.4. Constitución brasileña de 1988	226
3.5. Constitución colombiana de 1991	227
3.6. La reforma de 1994 de la Constitución argentina	228
3.7. Reforma de 1996 de la Constitución de Costa Rica	230
4. La integración latinoamericana	231

CAPÍTULO 7. LAS CONSTITUCIONES ECONÓMICAS DE LA REPÚBLICA PERUANA 239

1. El liberalismo clásico en las constituciones del siglo XIX	239
1.1. Cuestiones preliminares	239
1.2. El derecho de propiedad en las constituciones del siglo XIX	241
1.3. La libertad de industria y comercio en las constituciones del siglo XIX	243
1.4. El régimen hacendístico en las constituciones del siglo XIX	245
2. La influencia del constitucionalismo social en las cartas fundamentales de 1920 y 1933	247
2.1. Contexto de la Carta Fundamental de 1920	247
2.2. El derecho de propiedad en la Carta Fundamental de 1920	247
2.3. La intervención del Estado en las relaciones socioeconómicas en la Carta Fundamental de 1920	248
2.4. El sistema económico en la Carta Fundamental de 1933	250
3. El régimen económico en la Carta Fundamental de 1979	254
3.1. Contexto histórico y debate constitucional sobre el principio de economía social de mercado	254
3.2. Otros principios del régimen económico	260
3.3. A modo de conclusión	264

CAPÍTULO 8. ANTECEDENTES Y EL DEBATE CONSTITUCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA DE 1993 267

1. El surgimiento del neoliberalismo en el Perú	267
2. La débil representatividad del Congreso Constituyente Democrático	272
3. El debate constitucional en el Congreso Constituyente Democrático	276

CAPÍTULO 9. LOS DERECHOS ECONÓMICOS FUNDAMENTALES 285

1. Introducción	285
1.1. El derecho fundamental de propiedad: de libertad negativa a derecho limitado en el Estado social	285
1.2. Contenido esencial de los derechos fundamentales	289
1.3. Principios de interpretación constitucional de los derechos fundamentales	291
2. El derecho fundamental de propiedad	292

2.1. La constitucionalización del derecho de propiedad	293
2.2. La propiedad en sentido constitucional	296
2.3. La función social del derecho de propiedad. Interés público e interés social	297
2.4. La seguridad nacional como limitación al derecho de propiedad	314
2.5. La expropiación forzosa	318
2.6. La expropiación indirecta	331
2.7. La propiedad comunal de los pueblos indígenas	335
2.8. La libre disposición de la moneda extranjera	344
2.9. El derecho fundamental a la herencia	345
3. El sentido constitucional de la libertad de contratar	348
3.1. Autonomía privada y concepto de contrato	348
3.2. El orden público económico	353
3.3. Contenido esencial de la libertad de contratar	357
3.4. El dogma de la santidad de los contratos	359
3.5. Interpretación de la libertad de contratar en el marco del principio de unidad de la Constitución	362
3.6. El principio general de buena fe y su raíz constitucional	367
3.7. Los contratos-ley	369
3.8. El contrato administrativo y la tutela del interés público	378
4. La libertad de trabajo	380
CAPÍTULO 10. LOS DERECHOS DE SOLIDARIDAD	387
1. Los intereses difusos	387
2. Los derechos de los consumidores y usuarios	392
2.1. Antecedentes y conexión con el modelo de competencia imperfecta	392
2.2. Carácter interdisciplinario de la disciplina, dogma de la autonomía de la voluntad y asimetría informativa	394
2.3. La cláusula constitucional de la defensa del interés de los consumidores y usuarios	396
2.4. Intereses protegidos y derecho fundamental	399
2.5. Orden y contenido general del Código de Protección y Defensa del Consumidor	402
2.6. Principios rectores, políticas públicas y derechos de los consumidores	404
2.7. Noción de consumidor y usuario	405
2.8. Derechos constitucionalmente reconocidos	408
2.9. Derecho a la salud y a la seguridad	413
2.10. Derechos reconocidos solo legislativamente	415
2.11. Relación con otras disposiciones	418
3. El derecho al ambiente	418
3.1. Introducción	418
3.2. Declaraciones internacionales y la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático	419
3.3. Constitución y ambiente	421
3.4. El principio del desarrollo sostenible	422
3.5. Límites conceptuales del ambiente	426

3.6. El derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado	428
3.7. Naturaleza compleja del derecho a la preservación del ambiente	433
3.8. Reinterpretación de los derechos fundamentales en clave ambiental	435
CAPÍTULO 11. ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	439
1. La unidad del mercado	439
2. La economía social de mercado	443
2.1. Nota preliminar	443
2.2. Orígenes	445
2.3. Concepto	448
2.4. Principios	450
2.5. La subsidiariedad de la iniciativa pública	452
2.6. Su recepción en el Perú	460
2.7. Objetivos actuales	461
2.8. Síntesis	463
CAPÍTULO 12. LA LIBERTAD DE EMPRESA	465
1. La libertad económica: encuadre jurídico y político	465
2. La libertad de empresa: naturaleza del derecho económico fundamental	470
3. La libertad de empresa: su contenido esencial	480
4. Reconocimiento en la normativa infraconstitucional	493
5. Límites al ejercicio de la libertad de empresa	495
6. El acceso al mercado y la desregulación administrativa	504
7. El acceso al mercado y el control de barreras burocráticas	507
CAPÍTULO 13. LA COMPETENCIA ECONÓMICA	513
1. Introducción	513
2. Concurrencia, competencia y mercado	516
2.1. La competencia económica como contenido esencial de la libertad de empresa	516
2.2. El mercado imperfecto	524
3. La agencia de competencia: Indecopi	530
3.1. Diseño de la institución	530
3.2. Organización y funciones	532
3.3. Procedimiento sancionador	533
3.4. Apreciación final	533
4. Defensa de la competencia y sanciones frente a sus abusos	534
4.1. Breve referencia al abuso de derecho	534
4.2. El derecho de la competencia	537
4.3. Las reglas de juzgamiento y el análisis económico del derecho	539
4.4. La deslealtad	540
4.5. Publicidad engañosa	543
4.6. Prácticas colusorias y abuso de posición de dominio	546
4.7. La decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones	548
5. El control de las concentraciones	549
5.1. ¿Qué se entiende por concentración?	549

5.2. Dos escuelas y dos visiones	550
5.3. Las políticas aplicables o las dos caras de Jano	551
5.4. La recepción de la polémica en el Perú	552
5.5. El contenido de la ley general y la autoridad autónoma	554
6. Premisas cuestionadas y factores extrajurídicos que desdibujan el modelo concurrential	556
6.1. El sistema económico imperante	556
6.2. Modelo concurrential	557
6.3. Manifestaciones atípicas: informalidad y economía sumergida	559
6.4. Factores extrajurídicos	561

PRÓLOGO

La primera edición de este libro, en el año 2009, tuvo una importante acogida tanto en el mundo académico como en el ámbito empresarial. Desde esa fecha hasta la actualidad, se produjeron cambios legislativos importantes vinculados a nuestra Constitución Económica, así como numerosas sentencias del Tribunal Constitucional que sirven para interpretar y aplicar con mayor precisión los mandatos constitucionales en el ámbito económico.

Las circunstancias anotadas y el deseo de volcar en el texto nuestra apreciación de lo sucedido, así como la corrección en algunos puntos específicos y la ampliación de otros, es lo que nos motiva a elaborar esta segunda edición, que —como se dice tradicionalmente— es «ampliada y corregida».

Se realizaron algunas variaciones en el orden temático de la primera edición y se agregaron dos nuevos capítulos: uno referente al régimen de la inversión extranjera, que va como capítulo 15; y otro sobre las diversas formas en las que la administración del Estado tiene intervención económica, que va como capítulo 18. Además, en la parte inicial y como introducción general, va una apretada síntesis del régimen constitucional económico que hace mención a su contenido y características esenciales, con el objetivo de facilitar la lectura posterior de los capítulos en los que se trata no solo del contenido de nuestra actual Constitución Económica, sino de sus antecedentes históricos, de su enjuiciamiento crítico y propuestas de reforma, así como de los derechos humanos vinculados a la actividad económica y de la ética para el desarrollo, tal como fueron tratados en la primera edición.

Por último, se buscó incorporar nuevos estudios vinculados a la materia del libro, así como ampliar la bibliografía de la primera edición.

Es preciso reconocer que esta nueva edición no hubiera podido concluirse sin la participación de Cecilia Alvarez Ybazeta, que fue una ayuda permanente vinculada al orden, corrección y archivo de los textos.

Lima, noviembre de 2019

Baldo Kresalja R. y César Ochoa C.

INTRODUCCIÓN

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE 1993: ANTECEDENTES Y CONTENIDO ESENCIAL

El título III de nuestra constitución, referente al régimen económico, tiene seis capítulos, el primero de principios generales (arts. 58 a 65); el segundo sobre el ambiente y recursos naturales (art. 66 a 69); el capítulo tercero referente a la propiedad (arts. 70 a 73); el capítulo cuarto sobre régimen tributario y presupuestal (arts. 74 a 82); el capítulo quinto de la moneda y la banca (art. 83 a 87); el capítulo sexto, régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas (arts. 88 y 89). Evidentemente, la lectura de cualquier parte del contenido de la Constitución política debe leerse concordadamente con artículos pertenecientes a títulos que no tienen que ver directamente con el régimen económico, en especial los artículos 1, 2 y 3, referentes a la persona humana y a sus derechos fundamentales.

Lo que aquí queremos poner de relieve es el contenido esencial de nuestro régimen económico, y para ello resulta de la mayor importancia y prioridad el contenido del artículo 58, que a la letra dice: «Artículo 58. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura».

Este artículo tiene cuatro puntos fundamentales que hay que resaltar: 1. la iniciativa privada es libre; 2. esa iniciativa se ejerce en una economía social de mercado; 3. bajo ese régimen, el Estado orienta el desarrollo del país; y 4. el Estado actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Debemos entonces determinar el contenido de esos cuatro principios esenciales que van a informar la interpretación exhaustiva del régimen económico constitucional, y servirá para apreciar cuál es el rol que los ciudadanos tienen individual o colectivamente; cuál es la relación, libre o limitativa, con el Estado; y cuál es propiamente el rol que cumple este. Para ello, buscaremos determinar qué es lo que el Estado

puede orientar y en qué ámbitos puede actuar, directa o indirectamente, dentro de las características propias de una economía social de mercado.

El ejercicio de ciudadanía solo es entendible desde la libertad. Por tal motivo los peruanos pueden, iguales ante la ley (art. 2.2), de manera individual o asociada, realizar actividades económicas (art. 2.17) en todo el territorio nacional y llevarlas adelante con las limitaciones que la ley impone para determinadas actividades que por su naturaleza requieren de especial autorización o de una ubicación geográfica predeterminada. Se trata de un derecho fundamental. En nuestro tiempo y en el marco de una república democrática, realizar actividad económica es un acto de ciudadanía.

Los numerosos fines y obligaciones que —explícita o implícitamente— tiene el Estado en el texto constitucional pueden, a grandes rasgos, incluirse en dos direcciones. Una es orientar la legislación, los actos administrativos, las regulaciones electorales y las decisiones judiciales hacia el fin previsto en el artículo 1, que es «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad». Esta orientación no es solo legislativa sino integral, en conductas personales y responsabilidades colectivas —empresariales o no— como fines máximos de la sociedad y del Estado, la defensa del derecho a la vida, al libre desarrollo de la persona y a su bienestar. Esta actividad orientadora corresponde al Estado como representante de la Nación peruana y de las diferentes culturas y sistemas de valores de quienes la habitan, dentro de un régimen inequívocamente democrático, fundado en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. Así, se atribuye al Estado dirigir el desarrollo democrático, integral y sustentable del país.

De otro lado, el mandato de actuar en áreas específicas como la salud, la educación y la seguridad deben tener un carácter dinámico, ajustado a las circunstancias de cada periodo gubernamental, dirigidas a cumplir los fines socioeconómicos específicos que más adelante detallamos y que están dirigidos a concretar objetivos propios de la rectoría económica del Estado peruano y a satisfacer demandas ciudadanas.

Tanto los actos de orientación como los de acción se realizan por una Administración que debe siempre actuar dentro de la legalidad; es decir con respeto del Estado constitucional de derecho, pues no hay acto válido fuera de él, ni para el Estado ni para los particulares.

Iniciamos el texto de este libro con una referencia imprescindible a la dignidad de la persona humana —valor supremo de nuestro edificio constitucional—, tal como está expresamente reconocida en el artículo primero de la Constitución: «La defensa de persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado», en su relación con la vida económica. Luego nos referiremos al sistema capitalista, presente en nuestra realidad con sus ventajas y vicios, pues el régimen

económico recae sobre su funcionamiento. También reseñamos la evolución de la vida económica en nuestra historia, desde la época anterior a la conquista española, después la Colonia y posteriormente en la República, pues para entender el régimen económico constitucional hay que recordar que sus disposiciones son en verdad novedosas para la historia del Perú, específicamente para las costumbres y actos de contenido económico ocurridos en el territorio que actualmente ocupa el Perú. Algunas de las ideas hoy firmemente reconocidas en el texto constitucional, como las libertades de industria y comercio, fueron arduamente debatidas y combatidas desde la declaración de la independencia, y su implantación real fue siempre tímida y parcial. Solo durante los últimos años parece haberse debilitado su cuestionamiento y aceptado su necesidad, lo que también es de aplicación a otras disposiciones del régimen económico.

En la parte final del libro hacemos un enjuiciamiento del régimen económico, de su relación con la organización política y de cuáles deberían ser aquellas materias que se deberían tener presentes en la eventualidad de que se produzcan cambios, enmiendas o modificaciones constitucionales. Finalmente, terminamos con una apreciación de las exigencias éticas que deben estar siempre presentes en el desarrollo integral de la Nación, que en gran medida es impulsada por la actividad económica.

Señalado lo anterior, debemos hacer una precisión sobre el contenido del régimen económico tal como será desarrollado en este libro. Las actividades económicas se pueden, en principio, realizar en todo el territorio nacional, lo que significa que existe una unidad de mercado, y que ese territorio no está dividido por sistemas aduaneros internos, como fue en épocas anteriores a la República. La unidad de mercado está estrechamente vinculada a la libertad física, y se pueden realizar todo tipo de transacciones y de circulación de bienes y servicios, sin más límites que los que determina la ley. La unidad de mercado va dirigida a impedir la discriminación en el ámbito económico. Esa unidad es la que nos hace entender lo que usualmente se denomina como acceso, que no es otra cosa que la facultad y el derecho de concurrir al mercado para realizar actividades económicas.

El acceso al mercado constituye uno de los temas centrales del debate económico contemporáneo, pues las disposiciones que por alguna razón impiden tal acceso deben tener una fundamentación técnica y política muy sólida. El acceso puede efectuarse tanto en forma individual como asociada, a través de pequeñas, medianas o grandes empresas, y la existencia de una vía para adquirir acciones a través de la Bolsa de Valores es un camino indirecto pero consolidado para que el ciudadano —otra vez solo o a través de una sociedad— pueda adquirir acciones de una empresa que realiza actividad económica. Tiene de esa manera acceso al mercado.

El proceso de descentralización, cuyas falencias son evidentes, ha tomado, sin embargo, un impulso importante durante los últimos años, pues sus dirigentes han sido elegidos por el voto popular. El contenido de las acciones y facultades de los organismos propios del sistema se encuentran en debate, pues el deseo de transferir facultades del gobierno nacional sigue siendo una aspiración que hasta la fecha se encuentra pobremente planteada. Este proceso no colisiona con la unidad de mercado a la que nos hemos antes referido.

Usualmente, la concurrencia al mercado se hace a través de empresas y la libertad de esta se entiende, en su contenido esencial, como el derecho a fundarla o establecerla, administrarla de acuerdo a lo que mandan sus estatutos o reglamentos, competir con terceros en bienes y servicios iguales o similares y, finalmente, poder liquidarla. Esa libertad de empresa carece de sentido, resulta inexplicable sin la existencia de la competencia económica, que es el enfrentamiento lícito con el objeto de captar clientela y tener éxito en la gestión. El Estado, según el artículo 61 de la Carta Fundamental, facilita y vigila la libre competencia, y combate toda práctica que la limite, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (artículo 61). En efecto, la existencia de competencia económica exige que el Estado esté atento a sancionar aquellas actividades que ilícitamente la restringen mediante acuerdos o prácticas diversas, y también a vigilar que ella se realice lealmente, lo que significa que los méritos y éxitos que puede obtener una actividad económica no pueden estar basados en el aprovechamiento ilícito de esfuerzos que le son ajenos; es decir, debe actuar con lealtad en el mercado.

Por tal razón, el Estado ha creado una agencia de defensa de la competencia —el Indecopi— encargada de analizar y sancionar las prácticas anticoncurrenciales y las desleales. Por todo ello, el mercado y la sociedad, se afirma con razón, exigen Estado.

Todas estas iniciativas y actividades se realizan bajo un sistema que se denomina de economía social de mercado, el cual tiene como características esenciales la libertad de acceso, la promoción de la competencia, la estabilidad monetaria, la preocupación por que las rentas se distribuyan equitativa y justamente entre los ciudadanos y la eliminación de la pobreza extrema. El principio de subsidiariedad, al cual nos referiremos más adelante y que está reconocido en nuestro texto constitucional, es característico del modelo de economía social de mercado. Nuestro régimen económico en el marco de la Constitución política, y de acuerdo a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, busca edificar un Estado social y democrático de derecho, cuya forma política y jurídica no colisiona con la economía social de mercado, sino que procura medidas correctoras del capitalismo para la redistribución de la riqueza y la prestación de servicios públicos, y busca tener una dimensión ética para que se transforme en un Estado de justicia y en un Estado de cultura.

Hay, por cierto, derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional, individuales y subjetivos y también con protección institucional, como el derecho a la propiedad, a la libertad de trabajo y a la libertad de contratar, siempre con los límites que el orden público económico impone. Sin embargo, esos derechos —que podríamos denominar clásicos— están hoy acompañados por un conjunto de derechos de reconocimiento relativamente reciente aunque de gran importancia, los denominados derechos de solidaridad, como son los derechos de los consumidores y usuarios, el derecho al ambiente y a la diversidad biológica. El artículo 65 manda que el Estado defienda el interés de los consumidores y usuarios; y 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.

Otra característica de nuestro régimen económico es la regulación constitucional de una política monetaria y financiera dirigida a fomentar y garantizar el ahorro, regular la moneda y el crédito del sistema financiero y, en general, buscar una estabilidad en cuya consolidación tiene un rol esencial el Banco Central de Reserva (BCR), que se rige por un estatus jurídico especial que le asegura independencia frente al poder político. La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administradoras de fondos de pensiones, de las demás que se reciben fondos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

De otro lado, el Estado requiere de ingresos para poder llevar adelante las numerosas tareas sociales, culturales y económicas que la Constitución y las leyes le imponen. Para ello no hay otra vía que la recaudación tributaria, cuyo régimen está también tratado en nuestra constitución y que representa un sector técnicamente especializado al interior de la Administración Pública. El régimen general de ingresos, no solo tributarios, es el sostén del régimen presupuestario, también reconocido constitucionalmente, que tiene principios informadores de gran importancia, como el de su legalidad y anualidad, de unidad y universalidad, de equilibrio y de justicia financiera, de publicidad y transparencia fiscal, entre otros. El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos. Tal como señala el artículo 77, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. Íntimamente vinculado al régimen presupuestario se encuentra el tratamiento de la deuda pública interna y externa. Y también vinculado a todo ello, el control del gasto público mediante la Cuenta General de la República y la Contraloría General. Forman parte de este entramado de disposiciones los principios vinculados a la contratación pública, que tiene una inmensa importancia económica y jurídica.

Nuestro régimen constitucional económico, siguiendo una tendencia liberal inspirada en el Consenso de Washington, da igual trato a la inversión nacional que a la extranjera, y además el Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera (artículos 63 y 64). A ello se suma la disposición sobre el comercio interno y exterior, que es libre y no está sujeto a límites explícitos, más allá de las naturales exigencias regulatorias usuales.

La existencia de servicios públicos está protegida por la ley, y muchos de ellos han sido dados en concesión. Para su control y supervisión se han creado varios organismos reguladores ad-hoc que, si bien no están expresamente reconocidos en el texto constitucional, juegan un rol relevante en la actividad económica diaria y de impacto en el nivel de vida y de bienestar de la población. Finalmente, el Estado puede, mediante ley expresa, otorgar beneficios tributarios a determinadas actividades económicas, lo que produce una discusión permanente sobre su impacto sobre la economía y la recaudación fiscal.

A continuación, queremos también mencionar las siguientes disposiciones que establecen fines socioeconómicos al Estado:

- El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud (artículo 9).
- 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 (artículo 10).
- Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país (artículo 14).
- El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios, así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación (artículo 16).
- 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 (artículo 16).
- Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República (artículo 16).

- Con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa (artículo 17).
- El Estado promueve la creación de centros de educación donde la población los requiera (artículo 17).
- El Estado garantiza la erradicación del analfabetismo. Asimismo, fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país. Promueve la integración nacional (artículo 19).
- El Estado fomenta, conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del patrimonio cultural de la Nación (artículo 21).
- El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo (artículo 23).
- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44).
- El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades (artículo 59).
- 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 (artículo 63).
- El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales, renovables y no renovables, que son patrimonio de la Nación (artículo 66).
- El Estado determina la política nacional del ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales (artículo 67).
- Solo por razón de seguridad nacional, la ley puede establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes (artículo 72).

- Por ley expresa, aprobada por dos tercios de los congresistas, puede establecerse selectiva y temporalmente un tratamiento tributario especial para una determinada zona del país (artículo 79).
- El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario (artículo 88).
- Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta (artículo 88).

Entre nosotros se ha producido un debate sobre el alcance del principio de subsidiariedad y queremos señalar que en nuestra opinión debe interpretarse concordadamente el artículo 58 del texto constitucional que ya antes hemos citado con el correspondiente al artículo 60, que a la letra señala: «El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. 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. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal».

La polémica surge porque se considera que el mandato de este artículo 60 es un límite oneroso para la sociedad, pues indica que el Estado solo puede intervenir empresarialmente en situaciones excepcionales. Nosotros creemos que efectivamente es así, pero no sobre todo el ámbito económico, pues el artículo 58 manda que el Estado actúe principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, seguridad, servicios públicos e infraestructura. El Estado peruano ha venido actuando en estas áreas mediante el dictado de normas jurídicas específicas, por ejemplo, para la promoción de empleo, o para la construcción y mejora de centros de salud y educación, o mediante concesiones en el ámbito de los servicios públicos, y nosotros consideramos que el límite que señala el artículo 60 no es de aplicación cuando el Estado interviene en las referidas áreas, aunque para ello necesite una ley autoritativa.

Así, un tema central de los principios del régimen económico constitucional es el de si la subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, prevista en el segundo párrafo del artículo 60 de la Norma Suprema, es de aplicación a los servicios públicos económicos, y si condiciona la actuación del Estado en este ámbito a la falta o inexistencia de iniciativa privada. Como desarrollaremos más extensamente, el servicio público en nuestro ordenamiento constitucional no está dentro del marco rígido del principio de subsidiariedad. Por el contrario, constituye un mandato de intervención positiva del Estado, en la dirección establecida en el artículo 44 de la Constitución, que declara como deber primordial del Estado «promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación».

Nuestra interpretación concuerda plenamente con la que debe darse al principio de subsidiariedad, en virtud del cual no es lícito quitar a los ciudadanos, individualmente o asociados, lo que ellos pueden realizar por su propio esfuerzo e iniciativa, ya que ello favorecerá la eficiencia social. El principio de subsidiariedad tiene un contenido negativo y positivo. El positivo impone al Estado el deber de intervenir si la iniciativa privada no es suficiente y en la medida en que tal intervención sea socialmente necesaria, y eso en nuestra opinión es lo que debe hacerse, atendiendo a las áreas a que hace mención el artículo 58. El contenido negativo es que no debe intervenir en aquellas áreas que por su propia naturaleza deban ser asumidas por los particulares, que es justamente donde tiene aplicación el contenido del artículo 60 también antes citado. Hay que decirlo con claridad: cuando se promueve el intervencionismo estatal en la economía, entendiéndolo como sustitución de la iniciativa privada y de la competencia, nos encontramos en una posición contraria al principio de subsidiariedad, pero igual ocurre cuando se busca la abstención total del Estado en materia económica y cuando no puede enfrentar las fallas del mercado o los actos contrarios a la libre y leal competencia.

Como ha señalado Kresalja:

El principio de subsidiaridad o de la función subsidiaria del Estado tiene como fundamento que una organización, cualquiera que ella sea, debe impulsar el desarrollo de sus miembros, nunca absorberlos. La libertad como prerrogativa esencial de la persona humana solo queda garantizada si el Estado permite y facilita a cada ciudadano el ejercicio de su iniciativa y de su responsabilidad. La existencia de la libertad es condición sine qua non para el pleno desarrollo de la personalidad y para el ejercicio de la creatividad humana. Ese es el fundamento del principio de subsidiaridad, que no se refiere solo al ámbito económico, sino también al educativo, cultural e intelectual, convirtiendo a lo económico en un instrumento al servicio de los fines del espíritu. La subsidiaridad, sin embargo, demanda ciertas condiciones, pues si no hay individuos dispuestos a asumir sus tareas y responsabilidades, será difícil hacer real la subsidiaridad del Estado en cualquier área (2015, p. 39).

Finalmente, y en forma breve, queremos hacer notar la interferencia entre la teoría y la praxis de la Constitución económica peruana. Como se sabe, la obediencia automática a la norma jurídica no se da en la realidad, incluso cuando ella tiene un carácter simplemente orientador. Siempre hay un divorcio entre la norma y la realidad, y lo más usual es que el cumplimiento sea parcial. Ello adquiere especial importancia cuando se trata del régimen económico, pues en el Perú existen actividades económicas que mayoritariamente se practican fuera del marco legal, a lo que se suman las dificultades propias de un difícil territorio y las evidentes carencias en infraestructura física. Las mejoras en el ámbito de las comunicaciones han tenido

un impacto positivo, sobre todo en el ámbito rural, pero aún no se manifiesta una integración productiva que impulse el desarrollo económico y humano sostenido.

A ello se agrega otro elemento que es indispensable tener presente al momento de entender y apreciar el régimen económico constitucional, y es la mayoritaria ignorancia sobre su contenido, es decir, sobre los derechos y obligaciones que genera tanto para los ciudadanos como para el propio Estado. Sin duda, ello es fruto de una educación cívica pobre y hasta ausente, que no se debe solamente a las carencias del sistema educativo tradicional, sino también al rol empobrecedor, en lo ético y en lo informativo, de los medios de comunicación social. En nuestro país, a pesar de los progresos materiales evidentes de las últimas décadas y la superación de la pobreza extrema en amplios sectores, lo que predomina es el trabajo personal y familiar. No puede afirmarse, claro está, que esa informalidad tenga un propósito necesariamente ilegal, pues probablemente sea la única vía para generar ingresos familiares que permitan la supervivencia. No es fácil superar esa realidad y no hay acuerdo sobre cuáles son las medidas más adecuadas a implantarse. Lo cierto es que el sector moderno ha sido incapaz de absorber a los numerosos jóvenes que ingresan a la fuerza de trabajo.

La informalidad tiene asiento en el crecimiento desmesurado de las ciudades, en el bajo nivel educativo, en la automatización de los procesos productivos por la implantación de nuevas tecnologías, en la incorporación de un alto número de mujeres luchando por un espacio propio y reconocido, entre otras causas. Ninguna norma constitucional hará que esa situación cambie o se altere en el corto plazo. Más bien, será preciso diseñar otro tipo de procesos productivos a los actuales, insistir con lucidez en las ventajas comparativas del país, alentar una planificación indicativa en la que el Estado juegue un rol que puede ser decisivo. Si no se hiciera ello, a pesar de las buenas intenciones del texto constitucional, no podrá modificarse sustantivamente la desigualdad al interior del país y frente a otros países que nos llevan ventaja, y las oportunidades de acceso y perfeccionamiento laboral seguirán siendo lejanas.

Nada de lo anterior significa que no deban comprenderse y analizarse las normas constitucionales, en especial las del régimen económico, porque sin duda tienen un impacto real en la vida cotidiana, aunque este sea parcial. Sin embargo, su apreciación debe matizarse con la realidad socioeconómica del país y sus posibilidades de desarrollo. Sin ello, el conocimiento de la norma quedará como un ejercicio vacío y memorístico, sin posibilidad de entronque con la sociedad real.

CAPÍTULO 1

LA DIGNIDAD HUMANA Y LA EVOLUCIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN SU DIMENSIÓN ECONÓMICA

1. DIGNIDAD Y DERECHOS

Ser digno es ser acreedor de algún honor, recompensa o alabanza. Así pues, dice Fernando Savater, preguntarse por la dignidad del hombre es inquirir que algo le es debido, esto es, qué es eso que se le debe. Modernamente, dice el mismo autor, lo preguntamos así: ¿cuáles son y en qué se fundan los derechos del hombre? Derechos que no se refieren a honores, recompensas o alabanzas, sino que encierran una noción más modesta: protección. Porque en cada hombre hay algo valioso que necesita ser resguardado contra las inclemencias históricas o contra la propia fortuna (Savater, 1998, p. 13).

Los derechos del hombre, que no pueden ya reclamar un fundamento teológico —como lo era hasta antes del renacimiento europeo—, se asientan en la noción de la dignidad humana. Esta dignidad proviene de lo que la libre voluntad propone, de lo que se quiere ser. El ser del hombre reside en lo que quiere y hace. La dignidad humana va, entonces, indisolublemente unida a la libre indeterminación del querer. El hombre no padece su destino, sino que lo elige (Savater, 1988, p. 13).

La dignidad del hombre es lo que los hombres merecen lo que pueden lícitamente reclamar a otros hombres, la capacidad de exigir un derecho. Así, pues, la dignidad del hombre no es más que el reconocimiento recíproco de lo humano por lo humano, reconocimiento que busca institucionalizarse, con gran dificultad, en la organización social. Los derechos humanos son hoy universalmente reconocidos, y es justamente por este preciso motivo que existen. Estos derechos son un invento de los hombres, algo en que han convenido, no un dato inmutable de la naturaleza. Son, dice Savater, «frágiles y tentativos, perfectibles, transformables según los nuevos descubrimientos o las nuevas circunstancias históricas: es decir, se nos parecen.

A menudo sus formulaciones positivas entran en colisión y debemos elegir entre las libertades que queremos o las ayudas que necesitamos. Nunca los entenderemos del todo ni nunca podremos desentendernos totalmente de ellos y dejarles evolucionar a su aire: son una tarea, nuestro moderno empeño y en ello nos vemos desafiados por lo mejor y menos cómodo de nuestras posibilidades (p. 38). Citando a Norberto Bobbio, Savater afirma que «el problema de fondo relativo a los derechos del hombre es hoy no tanto el de justificarlos como el de protegerlos; es un problema no filosófico, sino político».

Los derechos del hombre o derechos humanos comparten la naturaleza compleja de la dignidad y se agrupan en dos grandes áreas: los derechos individuales, que consisten fundamentalmente en libertades y que garantizan qué se nos dejará hacer; y los sociales, que reivindican poderes y vendrán en ayuda de nuestras deficiencias. Estas dos áreas expresan bien la bifronte esencia de la dignidad humana, «porque el hombre es creador y menesteroso, emprendedor y desvalido, sus derechos deben acoger también las luces y sombras de este rasgo ambiguo. Solo el consenso activo de los hombres puede dotar de efectividad a los derechos humanos y hacer que nuestra dignidad de tales pase de la especulación teórica a la convivencia cívica» (p. 39).

Los derechos humanos aparecen en primer término como *escándalo* frente a la razón de Estado, frente a la razón de la fuerza y frente a la razón de los desnudos intereses: son la razón del hombre, su dignidad racional. La política de las naciones, la reivindicación de los revolucionarios, las ambiciones del comercio, la curiosidad de la ciencia, el dogmatismo de las Iglesias, el goce estético [...] todo ello ha de reconocer un límite, más allá del cual se convierte en crimen e inhumanidad, más allá del cual cesa toda pretensión de legitimidad comunicable, es decir, humanamente compartida: los derechos humanos en los que se desglosa la dignidad del hombre pretenden ser ese límite.

Avatares de la dignidad humana
Fernando Savater

2. PROYECTO DE VIDA

Cuando nos referimos al hombre «como sujeto de derecho, como persona, tenemos que aludir a su plenaria realidad, desde que el hombre es una unidad inescindible, una totalidad existencial», dice el jurista Carlos Fernández Sessarego (1962, p. 186). Su existencia como persona no puede, en consecuencia, ser negada a través de la normatividad (p. 187) y tampoco, por cierto, por la interpretación que de ella hagan los jueces o las autoridades administrativas.

Ahora bien, los derechos humanos tienen como finalidad la protección unitaria e integral de la persona en cuanto posee dignidad, que es una calidad inherente a la misma en cuanto es simultáneamente libre e idéntica a sí misma (Fernández Sessarego, 2005, p. 11). La libertad permite que la persona sea «lo que decidió ser en su vida» (p. 30); por eso, cada persona es única, singular, irreplicable, no estandarizada (p. 31). La protección de la libertad, advierte Fernández Sessarego, «no se agota con la tutela de la vida que ella sustenta sino que el Derecho protege sus manifestaciones en el mundo, su exteriorización en la realidad, las que se concretan en el personal proyecto de vida» (p. 32). Y la libertad de la persona se manifiesta en actos, conductas y comportamientos que el derecho protege o sanciona. Los derechos humanos son transversales a la política, el derecho y la moral.

En esa dirección, la autonomía individual se entiende integrada al libre desarrollo de la personalidad, que está en conexión con todos los derechos y de forma directa con los derechos de la personalidad, que son un tipo de derechos fundamentales (Asís, 2012, p. 157). El derecho al libre desarrollo de la persona está reconocido en la Constitución peruana de 1993 en el inciso 1 del artículo 2, que declara que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral y a su libre desarrollo y bienestar.

3. CUESTIONAMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El reconocimiento de los derechos humanos no es, como quizá podría pensarse, de unánime y fácil reconocimiento, tanto por razones teóricas o filosóficas como prácticas. En primer término, refiriéndonos a su reconocimiento activo, cabe decir que, si bien suelen ser infravalorados por todos los políticos radicales y denostados por las dictaduras, son una contribución axiológica de gran importancia para las sociedades democráticas.

Los derechos humanos son invocados con frecuencia, e incluso a contrasentido, y corren el riesgo de convertirse en términos vacíos¹. Funcionan en ocasiones como comodines neutralizadores de ciertos gobiernos que tratan de bloquear propuestas progresistas. También como arma para consolidar el poder o debilitar al adversario. Y como son tan diversos siempre hay modo de apelar a uno de ellos para legitimar la postergación de los demás. «En una palabra —afirma Fernando Savater— no es injustificado decir que los derechos humanos han llegado a ser algo tan abstracto, tan amplio y tan retórico que se los puede considerar como el más temible obstáculo

¹ Para una discusión actualizada en los Estados Unidos, en especial de las críticas a los derechos humanos provenientes de la corriente utilitarista —de gran influencia en ese país—, ver Fukuyama, 2002, p. 175 ss.

a su propio cumplimiento» (1988, p. 182). Sin embargo, esta situación no es fruto de su decadencia, sino de su auge.

En efecto, los derechos humanos se han entronizado como un ideal de primera magnitud y lo que los ha debilitado es no su olvido, sino su reclamo vehemente y generalizado. La primera dificultad proviene de su propia denominación, pues se habla de derechos humanos, derechos del hombre, derechos fundamentales y derechos morales. Y la pregunta es si efectivamente son derechos, pues no suelen figurar como tales en la legislación positiva, por lo que se convierten entonces más en aspiraciones morales o jurídicas. Lo cierto es, sin embargo, que no pueden reducirse a aspiraciones morales, pues hay en ellos:

[...] un propósito institucional que trasciende el básico nivel de virtud y perfección individual que constituye el nivel ético propiamente dicho. Ni tampoco son solo aspiraciones jurídicas, pues parece —justificadamente— esperarse de ellos que sirvan de instrumento para valorar códigos o para decidir entre códigos y no solo que funcionen como preámbulo a legislaciones positivas. Es decir: pertenecen demasiado al área de la moral como para poder ser solamente derechos positivos, por fundamentales que fueren, y tienen demasiada vocación de institucionalización jurídica para que puedan ser llamados sin reduccionismo morales (Fukuyama, 2002, p. 186).

Desde el punto de vista de su viabilidad, es preciso reconocer que la primera dificultad es que todo derecho debe estar respaldado por la fuerza de una autoridad que haga posible su aplicación. Esta autoridad no existe en el caso de los derechos humanos, pues solo si se incorporan en alguna legislación nacional concreta pueden alcanzar eficacia jurídica. Así ha ocurrido, en efecto, al incorporárseles a muchas constituciones recientes de países democráticos, aunque esta incorporación, sin embargo, les hace perder algo que les es esencial: su carácter supranacional, es decir, su ambición de universalidad. Porque a lo que apuntan los derechos humanos es al universal derecho humano a ser sujeto de derechos.

La doctrina de los derechos humanos tiene muchos adversarios. De la izquierda provienen, en su forma más extrema, del leninismo, que aspira a la imposición de un estado dictatorial y a la prohibición de toda reivindicación por parte del ciudadano. Para Marx, los llamados derechos del hombre son solo derechos del burgués, dueño ya de un Estado destinado a garantizar sus privilegios y deseoso de eternizar en un código inmutable los principios de libre cambio². En la extrema derecha están las tiranías tercermundistas y el fascismo, que reclaman el derecho de los pueblos

² Como señala Muguerza (1989), irónicamente la lucha por los derechos humanos no es otra cosa que la lucha contra las múltiples formas de alienación que el hombre ha conocido y que Marx denunciaba.

a su autodeterminación como algo complementario o aun prioritario a los derechos humanos de los individuos, y que permiten extravagancias criminales en sus territorios porque entienden que los derechos de cada hombre no dependen de su pertenencia individual a la universalidad abstracta de la especie, sino que están ligados a su adscripción a un pueblo determinado del que recibe su identidad y su destino (Muguerza, 1989, p. 339-340).

Puede decirse que más allá de las críticas que se les hace, los derechos humanos son un paradigma. Por ello, más importante que una lista más o menos amplia de derechos es preciso mantener la idea de que el universal derecho de cada hombre es tener derechos, esto es, no se gana ni se pierde nada con lo que individualmente se logre, si es que no se mantiene la fuerza colectiva del reconocimiento de lo humano por lo humano (p. 212).

4. RECONOCIMIENTO MUNDIAL

Nos dice Mauricio Fioravanti (1996, p. 21 ss.) que los problemas del constitucionalismo moderno son de carácter histórico cultural y son dos: los derechos y la organización del poder. Aquí nos referiremos a los primeros, sin dejar de reconocer la relación íntima entre los dos. Ahora bien, la discusión sobre los derechos se hace desde el reconocimiento de la libertad, esto es, indagando sobre el lugar que las posiciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos ocupan en un ordenamiento positivo y sobre las garantías que este les ofrece. Se deduce de ello que cada tiempo histórico producirá su propia cultura de derechos, privilegiando un aspecto respecto de otro. Nuestro propósito es recordar, muy brevemente, cómo la cultura jurídica occidental —de la que somos tributarios de modo importante— ha justificado y afirmado determinadas libertades y, en consecuencia, han reconocido determinados derechos humanos vinculándolos a su manifestación o contenido económico.

Cabe aquí señalar que entendemos por derechos fundamentales, de manera genérica, aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento positivo, dentro de una determinada normatividad constitucional, que gozan de una sólida y preeminente protección. Contribuyendo a este concepto, se debe añadir que estos derechos son portadores de la coexistencia de ideologías heterogéneas³, se encuentran

³ Según Pérez Luño (1991, p. 43), para haberse llegado a la concepción actual de los derechos fundamentales han debido confluír, de un lado, una tradición filosófica humanista —representada por el iusnaturalismo de base democrática— con técnicas de positivación y sólida protección de los derechos constitucionales (plasmándose este encuentro en el Estado de derecho); y, de otro, un punto de mediación y de interés entre las tradicionales libertades individuales y las florecientes necesidades económicas, culturales y sociales.

garantizados dentro de las normas nacionales y están limitados en el tiempo y en el espacio⁴. En estricto, entender los derechos fundamentales es reconocer «las facultades referentes a ámbitos vitales del individuo en su propia libertad, relaciones sociales o participación política, imprescindibles para su desarrollo como persona y derivados de su propia dignidad de tal» (Solozábal Echavarría, 1991, pp. 87-88) y que son históricos por naturaleza y, en consecuencia, se encuentran en constante desarrollo y progreso (Priori, 1997). En sustancia, los derechos fundamentales permiten la convergencia de lo ideal y lo real: son una pretensión moral justificada, un subsistema dentro del sistema jurídico y una realidad social (Peces-Barba, 1991, p. 95).

El concepto de derechos fundamentales en el mundo occidental se inicia en Inglaterra. Si bien en la Carta Magna de 1215, la *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus Act* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689 no tuvieron el sentido que hoy se le suele dar, su parcial reconocimiento sí logró un inicial y tímido respeto por los seres humanos. Aparecieron debido a causas distintas a la protección y desarrollo de la persona, esto es, no buscaron poner coto al poder para que las personas tuviesen derechos, sino que surgieron por intereses de las otras clases dominantes para juntos dirigir dicho poder. También fueron precedentes importantes lo conseguido a través de la Paz de Augsburgo de 1555, la Paz de Westfalia de 1648, la Declaración de Derechos de 1689 y el *Act of Settlement* de 1701. La experiencia inglesa resulta trascendental para lo que vendría luego, al sentarse las bases de los cambios en los Estados Unidos y en Francia.

Es recién en la Declaración de Derechos de 1776 dada en el estado de Virginia —y en la Declaración de Independencia del mismo año— y posteriormente en la Declaración Federal de 1787 donde aparecen derechos fundamentales propiamente dichos, que se fundan en la formulación jeffersoniana de *life, liberty and the pursuit of happiness*⁵. La necesidad estadounidense de liberarse de Inglaterra y la marcada influencia religiosa propiciaron que se reconozcan como primeros derechos a la libertad, la propiedad privada, la vida, la seguridad, la resistencia y las libertades de conciencia y de religión. Todo esto, junto con lo conseguido a través de la Declaración Francesa de Derechos de 1789, marcó el inicio de una real protección de los derechos fundamentales de las personas.

⁴ Así lo plantea Hernández Martínez (1995, p. 1042). Además, César Landa agrega que cada conjunto de derechos «es producto del estado de conciencia individual y colectivo de la comunidad en un momento determinado» (1996, p. 17).

⁵ La Declaración de Derechos de Virginia, de 12 de junio de 1776, declaró que «Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y poseen ciertos derechos innatos que, cuando entran en sociedad, no permiten que se les prive de su posteridad, es decir, del disfrute de la vida y la libertad, y los medios para adquirir y poseer propiedad, y para buscar y obtener felicidad y seguridad».

A partir del siglo XIX se renueva la visión de los derechos. Este largo camino habría de completarse gracias al aporte de los alemanes a través de la Asamblea Nacional de Fráncfort, que en 1848 elaboró una relación de los derechos fundamentales del pueblo y que, pese a ser declarada nula en 1851, recoge en 1919 la Constitución de Weimar. Es también trascendental la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado dada en Rusia en 1918, la misma que buscaba configurar un sistema político particular que denotase un gran respeto por los derechos fundamentales de su clase empleada. Unos años antes, la Revolución mexicana también había logrado progresos para el proletariado, y se plasmaron dichos avances en su Constitución de 1917. Es en esta época cuando el pensamiento económico empieza a relacionarse directamente con el derecho. Posteriormente, después de la Segunda Guerra Mundial y mientras se van incorporando un conjunto de disposiciones económicas en los textos constitucionales, estos, alcanzan un estatus político igual de importante que el jurídico. Sin embargo, este avance doctrinario no puede entenderse sin reconocer los instrumentos internacionales que han dado lugar al reconocimiento de los derechos fundamentales de índole económico. A continuación enumeraremos los principales, sin hacer referencia a nuestro texto constitucional, que será analizado a lo largo de este libro.

Con la firma de los primeros instrumentos internacionales se permitió el debido respeto a los derechos fundamentales en cada uno de los Estados suscriptores, otorgándoseles un tratamiento uniformizado y un gran desarrollo tutelar. Existe una fuerte relación entre la universalización de los derechos —en este caso, humanos— y la formación de entidades internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o de Estados Americanos (OEA). Dentro de su espacio de funcionamiento existen normas que nos interesan de manera especial, que pueden ser declaraciones (con un valor meramente ético, sin fuerza vinculante) o convenciones (cuya existencia sí exige un cumplimiento obligatorio). Estos instrumentos, según Rodríguez Brignardello, «recogen obligaciones de los Estados Parte (como el Perú) para con los individuos sujetos a su jurisdicción, quienes, aun cuando no intervinieron en la adopción de los acuerdos respectivos, resultan los destinatarios principales de dichos acuerdos» (1997, p. 91).

Dentro del Sistema Universal de Protección Internacional de los Derechos Humanos, la Conferencia de San Francisco firmada en 1945 da su fruto final en la Carta de las Naciones Unidas. Con esta se crea la organización mundial y se sientan las bases para la declaración y los pactos posteriores.

A partir de la existencia de las Naciones Unidas se da el primer instrumento que nos interesa recordar: la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶. Esta se autoproclama como «ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción». Sin embargo, en este texto todavía no se puede apreciar un reconocimiento expreso de los derechos económicos, cosa que sí sucede en el primer pacto que fuera firmado.

La Declaración del Derecho al Desarrollo, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1986, proclama en su numeral 1.1 que «El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él»⁷.

⁶ Suscrita y proclamada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217-A, y aprobada en el Perú por resolución legislativa 13282 del 15 de diciembre de 1959.

⁷ La Declaración del Derecho al Desarrollo es considerada el texto jurídico internacional más importante después de la Declaración de los Derechos Humanos, que son universales, iguales, inalienables e imprescriptibles. Nos pertenecen a todos, sin ninguna forma de discriminación. No son materia de negociación y no prescriben. Los poseemos desde que somos concebidos e incluso después de nuestra muerte. Por eso tenemos derecho a un entierro digno y a que nuestros restos sean respetados.

Los derechos humanos son un valor en sí mismo, porque se fundamentan en la dignidad del ser humano. En realidad, se trata de la creación jurídica más importante de la historia de la humanidad y su antecedente se encuentra en otro texto de igual valor: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la revolución francesa.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es la plasmación jurídica de la famosa máxima elaborada por el filósofo alemán Emmanuel Kant: «El hombre es un fin en sí mismo y no un medio o instrumento al servicio de otros hombres». A ella se le puede agregar otra, del mismo pensador: «Solo las cosas tienen precio, los hombres no tienen precio porque tienen dignidad».

Pero como sucede con un documento jurídico de esta envergadura, a lo largo del tiempo ha evolucionado. Son cuatro las etapas por las que ha pasado. Primero tenemos los denominados derechos clásicos, como el derecho a la vida, al honor, a la dignidad y los derechos políticos, que se derivan de los principios y valores de la democracia. A estos les sucedieron los derechos económicos y sociales, aquellos que tienen que ver con el trabajo, la educación y la salud, entre otros beneficios. A mediados de la década de 1980, se propuso el derecho al desarrollo y, finalmente, el derecho a la protección del medio ambiente. En lo que atañe a los derechos al desarrollo, la histórica resolución que los consagra sostiene que son inalienables, porque «todos los seres humanos y todos los pueblos tienen las facultades para participar en el desarrollo económico, social, cultural y político, para que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y las libertades fundamentales».

Álvarez Vita afirma que el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual el individuo es el sujeto central del desarrollo, y debe ser no solo el participante activo sino también el beneficiario del mismo. Con esa finalidad, el Estado tiene una serie de obligaciones que cumplir, tanto a nivel nacional como internacional, sobre la base de la solidaridad y el respeto a todos los derechos humanos (2012, p. 49).

A nivel mundial, existen dos instrumentos convencionales de alcance general⁸. El primero es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹. Este se refiere a derechos que intentan mejorar el nivel de vida de la población en aspectos como el laboral, familiar, sanitario o educativo. Su sentido debe verse complementado con otro instrumento que con mayor énfasis protege los derechos económicos de las personas. Junto a dicha convención existe el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰, por el cual se busca proteger derechos básicos de las personas, que en un momento inicial estuvieron referidos a la ausencia de intervención del Estado, pero que después han adquirido una actitud positiva hacia su efectividad real.

En el ámbito hemisférico, nos interesa recordar el Sistema Regional Interamericano de Protección Internacional de los Derechos Humanos. Este ha sido establecido por los Estados americanos a fin de contribuir al logro de los objetivos comunes, tomando en cuenta las condiciones propias del continente. Sobre la autoejecutividad de la Convención Americana, sin necesidad de norma local alguna que la adapte, Hitters y Fapiano precisan: «Recordemos que el objeto del Pacto de San José, su justificación

El derecho al desarrollo está íntimamente vinculado a la calidad de vida. Diversos organismos internacionales han elaborado un conjunto de categorías y metodologías para medir el nivel de desarrollo humano. En el Perú, todavía nos falta para llegar al nivel más alto y satisfactorio, porque tenemos ocho millones de pobres y porque, por ejemplo, muchos de nuestros compatriotas carecen de servicios básicos como agua potable y electricidad. Nos queda todavía un largo camino por recorrer para acercarnos al ideal de lo que significa un desarrollo humano pleno.

«Para aquellos que no creen en los derechos humanos y afirman que es letra muerta, o un conjunto de enunciados abstractos fuera de la realidad, habrá que responderles que los derechos humanos son todos: las mujeres, los hombres, las niñas y niños. Es decir, una realidad concreta. Dicho en otros términos, los derechos humanos eres tú con tu plena dignidad, libertad y búsqueda de la igualdad, y por eso vale la pena hacer todos los esfuerzos para que se apliquen plenamente en las sociedades. Porque ni el poder más poderoso del mundo, ni la riqueza más rica, valen más que tú» (Miró Quesada, 2016).

⁸ Los pactos internacionales de derechos humanos constituyen los primeros tratados internacionales globales y jurídicamente obligatorios en materia de derechos humanos y, junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos, forman el núcleo de la Carta Internacional de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1995, p. 371).

⁹ Adoptado y abierto a la firma, ratificado y adherido por la Asamblea General en su Resolución 2200-A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Aprobado por decreto ley 22129; instrumento de adhesión, 12 de abril de 1978, depositado el 28 de abril de 1978.

¹⁰ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Organización de las Naciones Unidas mediante resolución 2200-A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, aprobado por nuestro país por decreto ley 22128; instrumento de adhesión, 12 de abril de 1978; depositado el 28 de abril de 1978.

última y su razón de ser, como la intención de sus creadores, fue reconocer a favor del hombre, como directo beneficiario ciertas libertades supremas, y por ende no tiene en miras —como en otro tipo de convenios— regular las relaciones entre los estados, sino imponerles la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de las mismas a favor de las personas» (2007, I, p. 525).

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹¹ es previa a la universal; es la primera en el ámbito internacional. A través de ella se debe observar «que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad».

El instrumento internacional de alcance regional de mayor importancia —debido a su exigibilidad— es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada también Pacto de San José de Costa Rica¹². A través de este se enfoca el conocimiento de las materias tratadas en los dos pactos internacionales dentro del ámbito americano, es decir, se pueden encontrar derechos humanos económicos plenamente recogidos.

No debemos olvidar que nuestra Norma Fundamental, en su cuarta disposición final y transitoria, ha rescatado el relieve primordial que cumplen estos instrumentos internacionales con respecto a los derechos fundamentales, al expresar que las normas relativas a estos derechos —y que la propia Constitución reconoce— se interpretan conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Gracias a un artículo como el nacional, para Häberle, «el Estado constitucional pierde su tradicional “introversión”, orientándose hacia fuera como “Estado constitucional cooperativo”, esto es, “interioriza” los derechos humanos universales que le son “dados” desde fuera, tanto de forma aparente como real» (1994, p. 88)¹³.

Por ello, y tal como el preámbulo del propio Pacto de San José de Costa Rica afirma, los instrumentos internacionales reconocen que «los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican

¹¹ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá, 1948.

¹² Adoptado por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José, del 7 al 22 de noviembre de 1969, suscrita por el Gobierno de la República del Perú el 27 de julio de 1977 y aprobada por decreto ley 22231.

¹³ Pese a la importancia de esta norma, ya no contamos con un artículo como era el 105 de la de 1979, destacado por el alemán (Häberle, 1994, p. 87), según el cual se elevaban las normas de los tratados relativos a derechos humanos a una jerarquía constitucional.

una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados». En ese sentido, y tomando en consideración la globalización del derecho, para Pérez Luño cualquier atentado contra los derechos de la persona ya no es «una cuestión doméstica de los Estados», sino un problema de relevancia internacional (Pérez Luño, 1996, p. 41)¹⁴.

5. EL ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA

El artículo 1 del capítulo I («Derechos Fundamentales de la persona») del título I («De la persona y de la sociedad»), de la Constitución del Perú de 1993, señala que «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Se trata de la norma de apertura de la Constitución peruana de 1993, que define su techo ideológico y puede ser catalogada como el principal precepto constitucional. Su antecedente directo se encuentra en la Constitución peruana de 1979, en la que los constituyentes proclamaron su creencia en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado¹⁵.

El artículo 1 de la Norma Suprema es la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y el soporte de todo el edificio constitucional peruano, tanto del modelo político como del económico y social. Como señala Landa, «fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así, como también, establece los principios y a su vez los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades» (2002b, p. 10). Si asumimos la mencionada tesis, entonces la cuestión del fundamento se constituye en determinante de la validez normativa (Asís, 2002, p. 155).

¹⁴ Pérez Luño refiere que existe interdependencia entre las legislaciones nacionales sobre los derechos fundamentales, por lo que no puede negarse que «uno de los rasgos peculiares de nuestra época es el de la superestatalidad normativa, que supone la adopción de reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamientos diferentes, por efecto de explícitos actos de aceptación de la estructura normativa de determinadas organizaciones internacionales o supranacionales, o bien por el reconocimiento implícito de normas jurídicas fuera del área en la que inicialmente fueron promulgadas» (1996, p. 51). Para Priess (1997, pp. 22-23) quizá gracias a internet o a la televisión por satélite, y al flujo de informaciones que se maneja actualmente, «se nota una pérdida cada vez más visible de la soberanía de cada Estado nacional»; así «lo que prohíbe un Estado, lo permite otro».

¹⁵ Entre sus antecedentes en el derecho constitucional comparado se encuentra el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, que declara: «1. La dignidad del pueblo es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder estatal. 2. El pueblo alemán se identifica, por tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo».

Desde una perspectiva contemporánea de los derechos constitucionales, el respeto a la dignidad humana se asienta en el reconocimiento de que todas las personas tienen las mismas capacidades y posibilidades de realizarse, contando para ello con la promoción y auxilio de los poderes públicos y privados. La dignidad se convierte así en un principio constitucional portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres y mujeres. Constituye también un parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, y fuente de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Como señala Landa: «La dignidad de la persona humana se proyecta no solo defensiva o negativamente ante las autoridades o los particulares sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo del hombre» (2002b, p. 112).

El derecho pretende, a través de su dimensión normativa, eliminar, hasta donde sea posible, los obstáculos que pudieran impedir el proyecto de vida de la persona. Por ello, para Fernández Sessarego (2005), es un instrumento liberador, por lo que «es deber genérico de toda persona, que subyace en toda norma jurídica, el de no dañar al prójimo, ya sea en su unidad psicosomática, en su libertad proyectiva o en su patrimonio» (p. 8). Para que el derecho consiga tener un sentido liberador, debe crear aquellas condiciones sociales de justicia, solidaridad, seguridad e igualdad que permitan el cumplimiento del proyecto de vida de cada cual. Así, pues, el derecho no solo protege la unidad psicosomática del ser humano, sino, su proyecto de vida. El daño a la persona es también el daño a ese proyecto, como lo reconoce el artículo 1985 de nuestro Código Civil. El citado jurista Fernández Sessarego afirma: «La vida del ser humano es la vida de su libertad» (p. 9); y, más adelante: «la persona es, así, una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad» (p. 30).

Es en ese contexto que se busca promover o crear las condiciones jurídicas, políticas, sociales, económicas y culturales que permitan el desarrollo de la persona humana. Como ha señalado Fernández Segado (1992) «no existe ni puede existir dignidad humana sin libertad, justicia, igualdad y pluralismo político» (p. 163). Dice bien Landa que «nuestra constitución ha incorporado a la dignidad de la persona humana con un concepto jurídico abierto; es decir, que su contenido concreto debe irse verificando en cada supuesto de tratamiento o denuncia, sobre la base de ciertos patrones sustantivos en instrumentales de interpretación» (2002b, p. 118). Ello no significa dejar de lado que, si bien la dignidad opera como una cláusula interpretativa, también es protegible por sí misma, en tanto constituye un principio constitucional y un derecho fundamental justiciable. Landa afirma que la Constitución peruana, a través de la cláusula de los derechos implícitos contenida en su artículo 3 y de la incorporación de diversos tratados internacionales a los que se ha hecho ya referencia, «reconoce que la dignidad humana abarca bienes jurídicos más allá de lo que positivamente se haya consagrado en el texto político» (p. 120).

La dignidad humana opera como una cláusula pétrea, es decir, aquella norma constitucional que expresa o tácitamente prohíbe su violación o incluso reforma constitucional intangible en tanto constituye el cimiento del edificio de valores y principios históricos y sociales compartidos por la sociedad, que sostiene la legitimidad constitucional.

Dignidad de la persona humana
César Landa Arroyo

Para Fernández Segado, la dignidad y los derechos no se encuentran en el mismo plano, por cuanto la dignidad se proclama como un valor absoluto, hasta el extremo de que incluso a una persona que se comporte indignamente se le debe reconocer igual dignidad que a otra. Asimismo, la dignidad se convierte en la fuente de los derechos, de todos los derechos —independientemente de la naturaleza de la persona—, por cuanto dimanar de esa dignidad inherente a todo ser humano (1996, p. 33).

Resulta evidente la vinculación de la dignidad con los derechos fundamentales, en tanto razón de ser, fin y límite de los mismos. Comparte con ellos su doble carácter como derechos de la persona y como un orden institucional. Al gozar junto al carácter subjetivo de un carácter objetivo, requiere de la actuación del Estado para la protección y desarrollo que configure este doble carácter. La dignidad humana es, por tanto, vinculante como categoría jurídica positiva y como categoría valorativa, y por ello alcanza las cláusulas sociales y económicas constitucionales y da lugar a la inacabada polémica sobre el grado de vigencia que deben de tener esas cláusulas. Si bien es cierto que la Constitución les dio solo un carácter declarativo, sí los reconoció como derechos públicos subjetivos incompletos o de aplicación mediata en la medida en que el Estado o los particulares fuesen completando la cuota de responsabilidad inserta en la base del Estado social, justamente para promover el desarrollo de la dignidad de la persona humana.

Finalmente, compartimos con Landa su afirmación de que la dignidad humana es un canon valorativo de base y de control del sistema constitucional, construido bajo la influencia de contenidos axiológicos de clara afirmación neoiusnaturalista, lo que obliga a desarrollar una jurisprudencia de valores, principalmente por el Tribunal Constitucional como protector de los derechos fundamentales. Ello obliga a interpretar la Constitución no solo como la máxima regla jurídica, sino también como norma que ha incorporado principios sociales y axiológicos identificables. Ello se podrá hacer porque los magistrados constitucionales son representantes judiciales de la sociedad antes que del Estado, en virtud de que el artículo 138 de la Constitución señala que «la potestad de administrar justicia emana del pueblo», que es una norma, además, abierta a la realización de la dignidad del hombre y al desarrollo de la soberanía popular. En este contexto se entiende —recuerda Landa— que el derecho es político.

6. EL DERECHO AL BIENESTAR

Como sabemos, el artículo 2 de la Constitución enumera los derechos de la persona. Es preciso detenernos aquí en uno de contenido más general, que es el consignado en el artículo 2.1, que dispone que la persona tiene el derecho a su bienestar¹⁶, incorporado por vez primera en un texto constitucional peruano después de un intenso debate. Se trata de un concepto amplio, desarrollado en varios instrumentos internacionales¹⁷, que supone que el ciudadano/persona posea todo aquello que le permita «sentirse bien», es decir, que «solo poseyendo este estado de bienestar podría decirse que la persona se encontraría en las mejores condiciones para cumplir con su proyecto de vida» (Fernández Sessarego, 2005, p. 36).

Este derecho de toda persona a su bienestar nos recuerda el concepto de desarrollo humano postulado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Como lo define la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), la visión integral del desarrollo va más allá de la complementariedad entre las políticas sociales, económicas, ambientales y el ordenamiento democrático, entre capital humano, bienestar social, desarrollo sostenible y ciudadanía: debe interpretarse como el sentido mismo del desarrollo (CEPAL, 2000, p. 41).

No es fácil determinar, por la amplitud de la noción de bienestar, si el Estado puede asegurarlo o garantizarlo, o si se trata tan solo de una aspiración. Creemos, con un sector mayoritario de la doctrina, que el Estado tiene como deberes irrenunciables la protección de determinados derechos y el aseguramiento de su logro. En ese sentido, en el derecho comparado cabe citar el artículo 2 de la Constitución italiana de 1947, que declara que «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre,

¹⁶ Como señala Gustavo Bueno en su libro *El mito de la felicidad* (2005), todos los hombres quieren la felicidad si es que logran satisfacer sus deseos, porque la felicidad consiste precisamente en alcanzar la satisfacción de lo que quieres (p. 380). Dice este filósofo español que el mito de la felicidad en la versión occidental lo encontramos en las sociedades en cuyos orígenes se encuentra el cristianismo, aunque hoy día se encuentren polarizadas hacia diversas alternativas seculares. Agrega que «asumen, incluso como mandato o imperativo constitucional, la metafísica de la felicidad. Como hemos ya observado, para estas sociedades la búsqueda de la felicidad es un derecho y un deber de todos los ciudadanos, que prácticamente se concretan en el derecho y el deber de buscar la felicidad colectiva a través de la consolidación del Estado de bienestar. Un Estado de bienestar vinculado a un determinado nivel de calidad de vida de la ciudadanía, definido por sus contenidos; un Estado de bienestar que, con toda razón, se concebirá asociado a la democracia de mercado» (p. 381).

¹⁷ Por ejemplo, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo inciso 1 dice: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

ya sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales donde desenvuelve su personalidad, y exige el cumplimiento de los imprescindibles deberes de solidaridad política, económica y social». En Alemania, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 declara en su artículo 1.1 que «La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público». En el siguiente párrafo declara: «El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo».

Si bien la Constitución peruana de 1993 limita al reconocimiento del derecho al bienestar, aceptando implícitamente que su logro es progresivo, no puede ello significar indiferencia o desatención para su efectiva y progresiva concreción. En este sentido, creemos que se puede exigir al Estado el cumplimiento de determinados presupuestos esenciales: respetar la vida, la libertad, la integridad, velar por la igualdad, la no discriminación, el respeto de las libertades de conciencia, expresión, opinión, información, asociación (y la responsabilidad consiguiente de quien hace uso de ellas), etc. Puede sostenerse, dice Fernández Sessarego, «que es deber del Estado asegurar la libertad de cada cual para que, dentro del bien común, cumpla, hasta donde ello es posible, con la realización de su personal proyecto de vida. De alcanzarse esta realización se estará frente al pleno logro del bienestar, entendido como la máxima aspiración de la persona» (2005, p. 38).

En ese orden de ideas, tal como lo señala el artículo 3 de la Constitución italiana de 1947, es un deber del Estado remover los obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impidiendo el pleno desarrollo de la persona humana. Al mismo tiempo, sin embargo, como reza el artículo 4 de la misma Constitución, el Estado debe promover las condiciones —socialmente deseadas— para que ese desarrollo sea efectivo. Como bien sostiene Predieri, «da testimonio de una democracia siempre de frontera, móvil, nunca realizada del todo y definida como meta que se mueve» (1977, p. 24).

Por cierto, al ser el bienestar una aspiración de cada persona, es esta quien fija idealmente su propio límite, aunque no puede por ello hacerse una apreciación puramente subjetiva de los alcances del concepto de bienestar. En este sentido, habría que remitirse al anteproyecto de ley de reforma de la Constitución aprobado por el Congreso en el año 2002, en el que lo definía como el derecho de toda persona a «alcanzar un nivel de vida que le permita asegurar su bienestar y el de su familia». Se trata, sin duda, de un derecho que debe ser atendido por el Estado en los términos antes expuestos, aunque no esté en condiciones de asegurar o garantizar el bienestar individual en todas las circunstancias. Sí lo está, sin embargo, a «promover y crear al menos las condiciones mínimas necesarias para su logro, así como asumir el deber de remover los obstáculos que impiden su realización» (Fernández Sessarego, 2005, p. 40).

Ahora bien, el derecho al bienestar tiene un importante contenido económico, no solo en el terreno de los ingresos y la capacidad de gasto individuales, sino en su conexión con el sistema económico, más precisamente con la marcha económica del país y la distribución de la riqueza. Ello se conecta inevitablemente con el acceso a la información y a las manifestaciones culturales universales, lo que genera actualmente un apasionado debate en el ámbito de los llamados «derechos intelectuales».

7. ECONOMÍA Y ESTADO AL SERVICIO DEL HOMBRE

Es preciso tener en cuenta que la economía y el Estado existen en orden al hombre, por lo que las instituciones estatales y económicas no solo habrán de ser expresión del poder, sino que deberán responder siempre a la dignidad del hombre. Para ello, es preciso reconocer la primacía de la política frente a la economía, pues esta última debe estar al servicio de objetivos éticos y políticos superiores, y al mismo tiempo es también preciso reconocer la primacía de la ética frente a la economía y la política. Esto se da desde la *Teoría de los sentimientos morales* de Adam Smith hasta Amartya Sen (cfr. Sen, 2002), Premio Nobel de Economía que sostiene el desarrollo como libertad, donde la ética tiene un espacio fundamental en la búsqueda de respuestas a los problemas económicos de la humanidad. De esta forma, la primacía corresponde a la intangible dignidad del hombre, que ha de garantizarse en torno a sus derechos y deberes fundamentales (Küng, 1999, pp. 223-224).

Frente a la globalización y la desregulación de los mercados, y ante el principio económico de la competencia, es preciso buscar el establecimiento de una economía global de mercado, vinculada políticamente a objetivos humanos y sociales que respondan a las necesidades y riesgos futuros y cuenten con los principios naturales de la vida (p. 225). Más allá entonces de las fronteras nacionales, es preciso tratar de las dimensiones globales de una todavía inexistente economía de mercado social y ecológica. Se trata de un ordenamiento global con fundamento ético que integre la competencia en normas racionales y unitarias, y la configure de modo compatible con la realidad social, medio ambiental y humana, aunque en modo alguno debe confundirse con una economía planificada.

Ese ordenamiento global debe contemplar algunos aspectos claves del actual comportamiento económico que todos los países experimentan, aunque con diversa intensidad. Ellos son, por ejemplo, la conducta de los consorcios trasnacionales, que pueden poner en peligro la libre competencia debilitando sus bases políticas; la necesaria mayor vinculación de los hasta ahora incontrolables flujos financieros internacionales con el crecimiento y la ocupación; la existencia de sistemas de seguridad social que puedan hacer frente a deficiencias económicas; enfrentar resueltamente,

para superarlo, el desnivel económico y social entre las diversas regiones del mundo; la internacionalización de los crecientes costos ecológicos y sociales; la creación de un orden internacional que frene el excesivo consumo de recursos no regenerables, etcétera (Küng, 1999, p. 225).

Es de esperar que los derechos humanos encierren el esbozo de un reglamento común de la organización universal que, en palabras de Fernando Savater, «antes o después reducirá a una soberanía civilizada el actual bandolerismo irrestricto de las naciones. Entonces se realizará una de las dimensiones del razonable sueño libertario que previno contra los Estados y su manipulación belicosa que a nadie rinde cuentas. La humanidad de los cinco mil millones de seres, del hambre endémica e injustificable, de la amenaza nuclear, de las catástrofes ecológicas, exige este código unitario antes que sea demasiado tarde» (1988, p. 341).

8. LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO COMO PRINCIPIO DEL DERECHO INTERNACIONAL

A todo lo anterior debe agregarse que en nuestros días el sistema internacional ya no es solo interestatal, sino cada vez más complejo, porque sus actores no son exclusivamente los Estados, y la seguridad internacional no se manifiesta únicamente en términos político-militares. Es un sistema en el que la globalización aparece determinante, pues ha creado una nueva realidad de creciente complejidad, movilidad e incertidumbre. Ello se manifiesta, además, tanto a nivel estatal como a nivel estrictamente humano, y ha roto alguna de las barreras tradicionales que separaban a las distintas comunidades y a los antes Estados soberanos. Han aparecido así flujos financieros incontrolados, crecientes flujos migratorios, degradación acelerada del medio ambiente, terrorismo, narcotráfico, etc. Los factores económicos, científicos, técnicos y culturales han adquirido creciente relevancia en las relaciones internacionales y han aparecido nuevos tipos de conflictos que se desarrollan en ocasiones al interior de los Estados. Sin embargo, también hay movimientos que revalorizan lo humano y los valores compartidos en amplios sectores de la comunidad internacional, y persiguen el establecimiento de un nuevo consenso internacional en el ámbito de los derechos humanos.

Es preciso recordar que la dignidad de la persona y sus derechos humanos se convirtieron en el pilar de la Carta de Naciones Unidas de 1945, que consagró en su preámbulo la voluntad de las naciones de «reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre en la dignidad y el valor de la persona humana», y sobre todo en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Es de la mayor importancia valorar el significado de esa declaración, cuyo marco de referencia principal fue la cultura europea y occidental. En nuestros días, su universalidad ha sido varias veces impugnada, poniendo de relieve que lo que prima en las sociedades es la diferencia y el particularismo; se alega también que puede resultar nociva en determinadas sociedades (por las características de su origen europeo-occidental) y, finalmente, que contiene una meta prácticamente imposible de alcanzar. Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, en su texto final se reconoció la importancia de las particularidades históricas, culturales y religiosas, pero al mismo tiempo se afirmó la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, comprometiéndose todos los Estados a promover su respeto universal. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 48/141 adoptada el 20 de diciembre de 1993, recogiendo una aspiración formulada por la declaración aprobada meses antes en la Conferencia de Viena de Derechos Humanos, declaró que «todos los derechos humanos son universales, interdependientes e indivisibles y están relacionados entre sí y que, por tanto, se debe dar a todos ellos la misma importancia».

Deben tenerse presente la relevancia y las consecuencias jurídicas de un nuevo principio introducido en el derecho internacional por la Carta de las Naciones Unidas: el de la dignidad intrínseca del ser humano. Por tanto, «los derechos fundamentales que derivan de dicha dignidad son universales, indivisibles e interdependientes: lo primero, porque se predicen del hombre; lo segundo, porque los derechos civiles y políticos han de ser efectivos, del mismo modo que los derechos económicos, sociales y culturales han de ser libremente definidos y no impuestos; lo tercero, por último, porque, aun siendo derechos individuales, hoy no tienen sentido más que en un contexto de solidaridad» (Carrillo Salcedo, 1999, p. 121).

No es aceptable poner en entredicho la universalidad de los derechos humanos tal como están hoy formulados, afirmando que surgieron de la tradición liberal occidental y que son hoy utilizados por algunos países como instrumento de dominación e imperialismo cultural occidental, dentro de un orden político y económico injusto, porque el carácter sagrado de la vida, la dignidad humana y la importancia de la justicia son temas recurrentes en todas las culturas y en todas las tradiciones filosóficas y religiosas.

De otro lado, es preciso reconocer que en 1948, cuando fue adoptada la Declaración Universal de Derechos Humanos, la definición de derechos y libertades fundamentales se hizo pensando en el poder de los Estados, que en aquel momento eran los sujetos exclusivos del derecho internacional. En nuestros días, como sabemos, se ha debilitado la centralidad del Estado, se han incorporado nuevos actores no estatales en las relaciones internacionales —se trate de organismos no gubernamentales

o empresas transnacionales—, y todo ello ha cambiado la distribución misma del poder. Ello significa que hay sectores de la realidad social transnacional que no están controlados ni gestionados por los Estados, sino por entidades privadas que actúan en función de sus propios intereses, desplazándolos y colocándolos frente a hechos consumados, esto es, imponiendo sus propias reglas en sectores no regulados —o regulados de modo precario— por el derecho internacional.

Carrillo Salcedo afirma, con razón, que no es posible ignorar «que las políticas sociales y económicas de muchos Estados están muchas veces influidas y condicionadas por la presión de las empresas transnacionales y las instituciones financieras internacionales en ámbitos que afectan profundamente a los derechos humanos, en particular los de carácter económico y social» (1999, p. 124). En este contexto, es preciso recordar que la Declaración Universal de Derechos Humanos instó tanto a los individuos como a las instituciones a realizar la función que les corresponde para garantizar el respeto universal a esos derechos. Por tanto, organizaciones internacionales tan importantes como el Banco Mundial (BM), la Organización Mundial del Comercio (OMC) o el Fondo Monetario Internacional (FMI) se encuentran obligadas a tomar en consideración los derechos humanos a la hora de elaborar sus directrices.

Por cierto, estas hermosas intenciones se ven enfrentadas con la diaria realidad de una globalización en muchos casos irrespetuosa o indiferente a los derechos humanos. Tanto la apología del mercado por encima de cualquier consideración social o el control de las comunicaciones y de las imágenes por un pequeño número de gigantes empresas imponen sus intereses concretos a los procedimientos destinados al respeto de los derechos humanos.

Ni la palabra mágica de desregulación, tan querida por los apóstoles de la ideología neoliberal con su dogma de «menos Estado», ni la precaria estructura del sistema internacional en el que la noción de comunidad internacional independiente y solidaria tiene todavía más de mito que de realidad histórica, ayudan a la promoción y protección efectiva de los derechos fundamentales de todo ser humano en un momento en el que desde mi punto de vista dichos objetivos requieren tres presupuestos: 1) en primer lugar, resaltar las obligaciones positivas de los Estados en orden a la efectividad de todos los derechos humanos, los civiles y políticos, y también los económicos, sociales y culturales, dada la indivisibilidad de dichos derechos; 2) en segundo lugar, la creación de instancias de autoridad internacional; 3) finalmente, dar entrada en el catálogo de derechos humanos internacionalmente reconocidos y protegidos a los llamados derechos de «tercera generación» (tales como el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente y el derecho a la paz), derechos colectivos de los que no se tenía conciencia hace cincuenta años y que, obviamente, no pudieron ser tomados en consideración en 1948) (Carrillo Salcedo, 1999, p. 126).

Desde nuestra perspectiva, es importante poner de relieve que la pobreza priva a muchísimas personas de sus derechos fundamentales, lo que dificulta la interdependencia entre el respeto a los derechos humanos, el desarrollo sostenible y el sistema democrático.

En síntesis, «la proclamación de la dignidad intrínseca de la persona en la Carta de las Naciones Unidas trajo consigo una innegable internacionalización de los derechos humanos y una extraordinaria innovación en el derecho internacional». [Es por ello que] «a diferencia de lo que ocurría en el derecho internacional tradicional, el ser humano ya no puede ser considerado como un mero objeto del orden internacional, pues el deber de respetar los derechos humanos constituye en el derecho internacional contemporáneo, una obligación de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto» (Carrillo Salcedo, 1999, p. 135). Se trata no solo de una obligación moral y política, sino también jurídica, ya que los Estados deben asegurar el respeto de los derechos humanos, y ello se desprende del reconocimiento de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Así, pues, puede afirmarse enfáticamente que la soberanía de los Estados y los derechos humanos, que se encuentran en tensión dialéctica, son dos principios constitucionales del derecho internacional contemporáneo.

9. LA EXIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Sería un error considerar a los derechos humanos solo como aspiraciones y no como exigencias cuya satisfacción debe darse en el plano legal y en la actuación de los organismos correspondientes encargados de su protección. En efecto, exigir la satisfacción de tales exigencias e intentar satisfacerlas es condición necesaria para ser hombre. De ahí que, dice Adela Cortina, «todo hombre esté legitimado para hacerlos valer como derechos, aunque no fueran reconocidos como tales por las legislaciones correspondientes» (2000a, p. 249). En tal sentido puede atribuírseles, dice la citada autora, las cualidades de universales, absolutos, innegociables e inalienables.

Si esas son las cualidades que tradicionalmente se les adscriben, veamos de qué derechos se trata, esto es, cuáles deben ser reconocidos con independencia de contextos sociales específicos. Ellos son, en primer término, el derecho a la vida; también el estar legitimado para ser reconocido como persona; el no sufrir coacción física o moral para tomar determinada posición; el derecho a participar argumentativamente expresando posiciones, necesidades y deseos; que esos argumentos tengan efecto en las decisiones que se tomen consensualmente, y la libertad de conciencia, religiosa, de opinión y de asociación.

Sin embargo, un acuerdo entre los hombres solo puede producirse con plenitud en condiciones de simetría material y cultural, esto es, el derecho a unas condiciones culturales y materiales que permitan a los interlocutores discutir y decidir en pie de igualdad (Cortina, 2000a, p. 253). El derecho constitucional económico ocupa un rol importante para la plena vigencia de los derechos humanos, en especial como instrumento para lograr condiciones materiales adecuadas y suficientes para todos los ciudadanos. En ese orden de ideas, se debe avanzar no solo hacia la exigibilidad política sino, en muchos casos, a la exigibilidad judicial de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, tanto en tribunales nacionales como internacionales.

CAPÍTULO 2

ASPECTOS HISTÓRICOS, IDEOLÓGICOS E INSTITUCIONALES DEL CAPITALISMO

1. LOS ORÍGENES DEL CAPITALISMO

Antes de entrar a desarrollar las instituciones jurídicas del derecho constitucional económico debemos hacer una breve referencia histórica al nacimiento y evolución del capitalismo y a su relación con el Estado constitucional. La comprensión de los orígenes y el desarrollo del capitalismo y del Estado constitucional es de vital importancia para entender nuestra cultura, sus sistemas económicos y sus instituciones jurídico-políticas, por cuanto vivimos en la edad del capitalismo.

Para comenzar, recordemos, en esta larga cita de Braudel, los remotos inicios de la evolución económica moderna:

[...] según se encuentre a uno o a otro lado del mercado elemental, el individuo, el «agente», se encuentra o no incluido dentro del intercambio, dentro de lo que he llamado la vida económica, para contraponerla a la vida material, y para distinguirlo también [...] del capitalismo. El artesano itinerante que va de pueblo en pueblo ofreciendo sus pobres servicios de reparador de sillas o de deshollinador, pese a ser un mediocre consumidor, pertenece, sin embargo al mundo del mercado; debe recurrir a él para asegurarse su alimento cotidiano. Si ha conservado unos lazos con su campo natal y, llegado el momento de la siega o de la vendimia, vuelve a su pueblo para convertirse de nuevo en un campesino, cruzará entonces la frontera del mercado, pero en el otro sentido. El campesino que comercializa personalmente con cierta regularidad una parte de su cosecha y compra regularmente herramientas y ropas forma ya parte del mercado [...] Aquel que solo acude al pueblo para vender pequeñas mercancías, unos huevos o una gallina, con el fin de obtener las monedas necesarias para pagar sus impuestos o comprar una reja para el arado, roza tan solo el límite del mercado. Permanece inmerso en la enorme masa de autoconsumo. El buhonero, que vende por las calles y por las campiñas

unas mercancías en pequeñas cantidades, se halla situado del lado de los intercambios, del cálculo del debe y el haber, por muy modestos que sean tanto sus intercambios como sus cálculos. En cuanto al tendero, es claramente un agente de la economía de mercado. O vende lo que fabrica, entonces es un tendero-artesano, o bien vende lo que otros han producido, y pertenece desde ese mismo momento a la escala de los comerciantes. La tienda, siempre abierta, presenta la ventaja de ofrecer un intercambio continuo, mientras que el mercado solo está presente uno o dos días a la semana. Más aún, la tienda representa el intercambio acompañado del crédito, ya que el tendero recibe sus mercancías a crédito y las vende a crédito. En este caso, una larga secuencia de deudas y de créditos se tiende a través del intercambio. Por encima de los mercados y de los agentes elementales del intercambio, las ferias y las bolsas [...] desempeñan un papel importante. Incluso cuando se da el caso, muy frecuente, de que están abiertas a los pequeños vendedores y a los comerciantes medianos, las ferias aparecen dominadas, al igual que las bolsas, por los grandes mercaderes, aquellos a los que pronto se denominará negociantes y que ya apenas se ocupan del mercado detallista (Braudel, 1985, pp. 29-31).

Es en el Renacimiento europeo, a partir de la segunda mitad del siglo XV, donde se encuentra quizás la aparición del capitalismo con la idea de lucro:

Frente a la condena eclesiástica de la usura, las diversas promociones de mercaderes y negociantes fueron empapándose de las excelencias de una 'praxis' que abría perspectivas insospechadas y cada vez mayores a la posibilidad de obtener dinero a través del juego del propio dinero. La acción del dinero produciendo dinero (y produciéndolo en una proporción y con una continuidad prácticamente imposibles de agotar) debía también tener, como es sabido, una repercusión fundamental en la definición del capitalismo, en que el propio concepto de capital (como sinónimo o análogo de dinero o moneda) es sumamente significativo. La nueva economía tiende a concretarse, a consolidarse, en torno al dinero constante y sonante (frente al antiguo valor económico que era la tierra) y en torno a los hombres que lo poseen y lo manejan. Los burgueses y, más concretamente aún, en torno a los grandes burgueses, los descendientes de las oligarquías (patriciado urbano) (Salvat, 2005, p. 297).

Desde mediados del siglo XV, los fenómenos complejos de la vida económica presentan ya un ritmo claramente distinto y renovado, fruto del mismo movimiento, del mismo espíritu inquieto, dinámico e individualista que llena el conjunto de las manifestaciones renacentistas, del mismo ímpetu sustentador de una posición individualista y subjetiva y defensor de una ciencia experimental y racionalista en el campo cultural. Fruto, en fin, del mismo movimiento, que, en la religión, abrieron un profundo cisma en el conjunto del cristianismo con el luteranismo y el calvinismo.

2. CARACTERIZACIÓN DEL CAPITALISMO

Así, pues, el capitalismo se constituye en un nuevo sistema económico, caracterizado, básicamente, por tres factores esenciales: 1) actividad económica tipificada por el afán de lucro, 2) espíritu de empresa y 3) racionalización creciente de la producción, el comercio y el negocio (Salvat, 2005, pp. 303-304).

Debe subrayarse que este proceso era, en realidad, la resultante de la fusión de dos espíritus y de dos prácticas distintas. Por una parte, nos encontramos con el dinamismo, el sentido renovador y arriesgado del espíritu de empresa, conquista y lucro, propio del espíritu del Renacimiento. Por otra, complementándose, se observa el mantenimiento del antiguo espíritu de conservación de los privilegios y exceso de reglamentarismo, que son las características básicas del régimen económico del mercantilismo de la actividad burguesa en la Baja Edad Media. Cuando ambos tipos de factores se integran en una unidad común y, además, se organiza el intercambio y elaboración de productos de una nueva y peculiar forma, entonces puede hablarse ya de la clara aparición y definición del capitalismo, convirtiendo a la búsqueda de la riqueza en el fin principal de la actividad del hombre.

Joseph Schumpeter, el famoso economista austriaco, describe al capitalismo como un proceso de destrucción de la ordenación institucional del mundo feudal: la hacienda feudal, la aldea y el gremio de artesanos. Así, junto con las revoluciones industrial y agraria se operaba un cambio revolucionario en la sociedad: el desvanecimiento de los privilegios de exención de impuestos y las prerrogativas políticas de la nobleza de la tierra y del clero (1968, pp. 184-185).

De las diferentes caracterizaciones del capitalismo (hoy por hoy quizá más bien *capitalismos*) realizadas desde hace un siglo y medio, retendremos una fórmula mínima que hace hincapié en la exigencia de acumulación ilimitada de capital mediante medios formalmente pacíficos. La perpetua puesta en circulación del capital dentro del circuito económico con el objetivo de extraer beneficios, es decir, de incrementar el capital que será a su vez reinvertido de nuevo, sería lo que caracterizaría primordialmente al capitalismo y lo que le conferiría esa dinámica y esa fuerza de transformación que han fascinado a sus observadores, incluso a los más hostiles.

La acumulación de capital no consiste en un acaparamiento de riquezas, es decir, de objetos deseados por su valor de uso, su función ostentatoria o como signos de poder. Las formas concretas de la riqueza (inmobiliaria, bienes de equipo, mercancías, moneda, etc.) no tienen interés en sí y pueden suponer incluso, debido a su falta de liquidez, un obstáculo para el único objetivo realmente importante: la transformación permanente del capital, de los bienes de equipo y de las distintas adquisiciones —materias primas, componentes, servicios— en producción, de la producción en dinero y del dinero en nuevas inversiones (Heilbroner, 1986).

Este desapego que muestra el capital por las formas materiales de riqueza le confiere un carácter verdaderamente abstracto que contribuye a perpetuar la acumulación. En la medida en que el enriquecimiento es evaluado en términos contables y el beneficio acumulado en un periodo se calcula como la diferencia entre los balances de dos épocas diferentes, no existe límite alguno, no hay saciedad posible, justo lo contrario de lo que ocurre cuando la riqueza se orienta a cubrir las necesidades de consumo, incluidas las del lujo.

El nuevo espíritu del capitalismo
Luc Boltanski y Eve Chiapello

El capitalismo se apoya en transacciones y contratos, y debe ser distinguido de la autorregulación del mercado, que descansa sobre instituciones jurídicas y estatales. La acumulación capitalista «solo se pliega a la regulación del mercado cuando se le cierran los caminos más directos para la obtención de beneficios, de tal forma que el reconocimiento de las cualidades beneficiosas del mercado y la aceptación de las reglas y las obligaciones de las que depende su funcionamiento armonioso (libre intercambio, prohibición de las alianzas y de los monopolios, etc.) pueden ser considerados como una forma de autolimitación del capitalismo» (Boltanski & Chiapello, 2002, p. 36).

Otro rasgo característico del capitalismo es el tratamiento de la organización del trabajo, pues con independencia de las formas jurídicas contractuales de las cuales pueda revestirse, existe una parte de la población que no detenta nada o muy poco capital, y a cuyo beneficio no está orientado el sistema, que obtiene ingresos por la venta de su fuerza de trabajo y no dispone de medios de producción; en otras palabras, en el marco de la relación salarial y a cambio de su remuneración, abandona todo derecho de propiedad sobre el resultado de su esfuerzo. Se trata de una relación desigual, en la medida en que el trabajador no puede sobrevivir mucho tiempo sin trabajar, pero a diferencia del trabajo forzado o de la esclavitud, presupone siempre una cierta dosis de sumisión voluntaria (Boltanski & Chiapello, 2002, p. 39).

3. CONEXIÓN DEL CAPITALISMO CON EL LIBERALISMO

El crecimiento capitalista va acompañado de la conformación del liberalismo europeo: aparece un proceso de crecimiento innegable, de tal modo que al pasar del siglo XV al XVI, y más todavía al XVII, sectores cada vez más amplios expanden los horizontes y las posibilidades de creación intelectual, aumenta el reconocimiento de la dignidad inherente a la persona humana, base del constitucionalismo contemporáneo. Se difunde la indignación frente a los dolores inútiles que antes se infligían y se incrementa el amor a la verdad por sí misma y el propósito de experimentación al servicio de dicha verdad. Todo este liberalismo progresista ha aportado una herencia

social y cultural que permite entender el mundo occidental que hoy conocemos. Ya entrado el siglo XVIII, el liberalismo asienta los cimientos del principio de la soberanía popular y la doctrina del Contrato Social de Rousseau (1762).

En el campo de la filosofía social, la escuela escocesa y Adam Smith, autor de *Ensayo sobre la riqueza de las naciones* (1776), desarrolla una teoría de la división del trabajo en torno a la necesidad de intercambios de productos y servicios por un precio aceptado por los ciudadanos, de modo que las personas dependen unas de otras, procuran su propio interés, pero sirven al bien común. De esta obra con frecuencia se cita el siguiente párrafo: «No es de la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero que esperamos nuestra comida, sino de la consideración que ellos hacen de sus propios intereses. Apelamos no a su sentido humanitario sino a su amor por sí mismo».

Karl Polanyi señala que el liberalismo económico como credo liberal evolucionó hasta convertirse en «una verdadera fe en la salvación secular del hombre a través de un mercado autorregulado» a partir del decenio de 1820. Así, precisa que:

Datar la política del *laissez faire*, como se hace a menudo, en la época que se usó por primera vez en Francia este término general, a mediados del siglo XVIII, sería cometer un grave error histórico, puede asegurarse que el liberalismo económico no fue más que una tendencia espasmódica durante otras dos generaciones. Solo en el decenio de 1820 denotaba los tres lemas clásicos: que la mano de obra debía encontrar su precio en el mercado; que la creación de dinero debía someterse a un mecanismo automático; que los bienes debían fluir libremente entre los países, sin obstáculos ni preferencias: en suma, los lemas del mercado de mano de obra, el patrón oro y el comercio libre (Polanyi, 2006, p. 190).

Es en esta época que el capitalismo se complementa con el constitucionalismo liberal. Este constitucionalismo no contenía disposiciones expresas referentes a la ordenación de la economía, sino fundamentalmente referidas al territorio, a la organización del Estado y su división de poderes, y a los derechos y libertades civiles de los ciudadanos. Es la denominada etapa del liberalismo clásico, con el desarrollo del estado de derecho liberal durante el siglo XIX, en el cual las cláusulas constitucionales en materia económica se expresaron en la garantía de la inviolabilidad del derecho de propiedad y en la libertad de industria y comercio.

El constitucionalismo liberal mantendrá un dinamismo que subvertirá las bases del orden socioeconómico estamental: la desvinculación de mayorazgos y bienes de propios, la desamortización de las propiedades eclesiásticas, la transformación de la sociedad estamental en la sociedad de clases y el paso del status al contrato. En el orden jurídico-político: igualdad formal ante la ley, separación de poderes, garantía de las libertades burguesas (Lucas Verdú, 1984, p. 154).

A partir del siglo XIX se desarrolla el gran capitalismo, cuya expansión internacional y sus conexiones con los grandes sectores emprendedores consagran la hegemonía de la economía capitalista, que impondrá sus pautas y el predominio de sus poderosos núcleos dominantes a los más diversos confines del planeta (cfr. Salvat, 2005, p. 165). Como señala Hobsbawm:

En la década de 1860 entra una nueva palabra en el vocabulario económico y político del mundo: «capitalismo» [...] Era el triunfo de una sociedad que creía que el desarrollo económico radicaba en la empresa privada competitiva y en el éxito de comprarlo todo en el mercado más barato (incluía la mano de obra) para venderlo luego más caro. Se consideraba que una economía de tal fundamento, y por lo mismo descansando de modo natural en las sólidas bases de una burguesía compuesta de aquellos a quienes la energía, el mérito y la inteligencia habían aupado y mantenido en su actual posición, no solo crearía un mundo de abundancia convenientemente distribuida, sino de ilustración, razonamiento y oportunidad humana siempre crecientes, un progreso de las ciencias y las artes, en resumen: un mundo de continuo y acelerado avance material y moral. Los pocos obstáculos que permanecieran en el camino del claro desarrollo de la empresa privada serían barridos. Las instituciones del mundo, o más bien de aquellas partes del mundo no entorpecidas por la tiranía de la tradición (es decir, las regiones ubicadas preferentemente en la Europa central y noroccidental), se aproximarían de manera gradual al modelo internacional de un 'estado nación' territorialmente definido, con una constitución garantizadora de la propiedad y los derechos civiles, asambleas de representantes elegidos y gobiernos responsables ante ellas y, donde conviniera, participación del pueblo común en la política dentro de los límites tales como la garantía del orden social burgués y la evitación del riesgo de su derrocamiento (Hobsbawm, 1998, p. 13).

En este sentido, Wallerstein destaca el concepto de burguesía y la función social del burgués:

El burgués era el que capitalizaba los medios de producción, contratando trabajadores asalariados que, a su vez, fabricaban artículos que se vendían en el mercado. En la medida que en que los ingresos procedentes de las ventas superan los costos de producción, incluidos los salarios, decimos que hay beneficio, objetivo presumible del capitalista burgués. Hay quienes han celebrado las virtudes de la función social del burgués como empresario creador y también quienes han denunciado los vicios de la función social del burgués como explotador parásito. Sin embargo, tanto admiradores como críticos han solido coincidir en que el burgués, este burgués capitalista, era la fuerza dinámica fundamental de la vida económica moderna; para todos desde el siglo XIX, para muchos desde el siglo XVI, para algunos incluso desde antes (Wallerstein, 2004, p. 302).

4. LAS ETAPAS HISTÓRICAS DEL CAPITALISMO

Es importante conocer las etapas históricas por las que ha pasado el capitalismo, porque de alguna manera ellas han tenido un reflejo en nuestras normas legales, en especial las constitucionales. El capitalismo en su evolución ha recibido diversas críticas, y —siguiendo a Boltanski y Chiapello— veremos en qué medida ha podido recibir y superar esas críticas y de qué forma esa evolución se ha concretado en normas jurídicas, tales como el reforzamiento del derecho de propiedad o el reconocimiento de derechos en favor de los trabajadores. El espíritu del capitalismo propio de cada época ha proporcionado elementos para apaciguar la inquietud suscitada por las tres siguientes cuestiones:

- ¿De qué manera puede el compromiso con el proceso de acumulación capitalista ser una fuente de entusiasmo, incluso para aquellos que no serán los primeros en aprovecharse de los beneficios realizados?
- ¿Hasta qué punto aquellos que se implican en el cosmos capitalista pueden tener la garantía de una seguridad mínima para ellos y para sus hijos?
- ¿Cómo justificar, en términos de bien común, la participación en la empresa capitalista y defender, frente a las acusaciones de injusticia, la forma en que es animada y gestionada?

Estas interrogantes han dado lugar a distintas respuestas. Así, por ejemplo, a fines del siglo XIX la figura del burgués emprendedor como capitán de la industria concentra elementos heroicos y da énfasis a la especulación, al riesgo y la innovación, emancipándose de las comunidades locales y del sometimiento a la tierra y al arraigo familiar, aportando elementos de seguridad gracias a una combinación de disposiciones económicas innovadoras, como el espíritu de ahorro, el cálculo, el patrimonio, el carácter familiar de las relaciones mantenidas con los empleados, etc. Esa amalgama de disposiciones y valores, algunos incluso incompatibles, dio lugar a la denuncia más duradera del espíritu burgués: su hipocresía.

Una segunda caracterización del espíritu del capitalismo encuentra su apogeo entre la década de 1930 y 1960. El énfasis en este caso no apunta ya al empresario individual sino a la organización, a la gran empresa industrial centralizada y burocrática, la que tiene como figura al director, quien —a diferencia del accionista— tiene la voluntad de crecer sin límites el tamaño de la empresa a su cargo, lo que entusiasma a los jóvenes diplomados por las oportunidades que les brinda. En esta versión, la racionalidad y la planificación son prioritarias y la referencia al bien común está encarnada por los ingenieros, ya que la esperanza está puesta en la ciencia y en la técnica, en la productividad y la eficacia. Todo ello hace hincapié en la solidaridad

institucional y la socialización de la producción, lo que se refleja en una atenuación de la lucha de clases por una disociación entre la propiedad y el control de la empresa.

Una tercera etapa implica profundas modificaciones en las condiciones de vida y de trabajo, dentro de las cuales las jubilaciones se encuentran amenazadas y las posibilidades de promoción no están aseguradas. De otro lado, las formas de acumulación se han transformado.

En resumen, como Boltanski y Chiapello señalan:

El 'primer' espíritu del capitalismo, asociado como hemos visto a la figura del burgués, estaba vinculado a las modalidades del capitalismo, básicamente de tipo familiar, de una época en la que no se buscaba el gigantismo, salvo casos excepcionales. Los propietarios o patrones eran conocidos personalmente por sus empleados, el destino y la vida de la empresa estaban fuertemente relacionados con los de una familia. El 'segundo' espíritu del capitalismo, que se organiza en torno a la figura central del director (o dirigente asalariado) y de los cuadros, está ligado un capitalismo de grandes empresas, lo suficientemente importantes ya como para que la burocratización y la amplia utilización de cuadros cada vez más diplomados sean elementos centrales. No obstante, solo algunas de entre ellas (una minoría) podrán ser calificadas como multinacionales. El accionariado se ha vuelto más anónimo y numerosas empresas se han deshecho del nombre y del destino de una familia en particular. El 'tercer' espíritu deberá ser isomorfo a un capitalismo 'mundializado' que se sirve de nuevas tecnologías, por no citar más que los dos aspectos más frecuentemente mencionados para definir al capitalismo contemporáneo (Boltanski & Chiapello, 2002, p. 59).

Finalmente, la formación del tercer espíritu del capitalismo, muy vinculado a la situación actual, dependerá del interés que tenga para las multinacionales, dentro de las cuales los cuadros pueden encontrar un espacio donde formarse y tener bienestar familiar.

Lo que es importante poner de relieve es el poder de movilización del capitalismo para incorporar recursos que no necesariamente se encuentran al interior de su caracterización e incluso ideas de ideologías que le son hostiles, legitimando el proceso de acumulación en contacto con valores de aquellos a quienes conviene movilizar. En otros términos, «el principio de acumulación ilimitada encontró punto de convergencia con sus enemigos y el compromiso resultante aseguró al capitalismo su supervivencia, ofreciendo las poblaciones reticentes la oportunidad de adherirse a él con mayor entusiasmo» (Boltanski & Chiapello, 2002, p. 63). El espíritu del capitalismo debe responder entonces a una exigencia de autojustificación para poder resistir la crítica anticapitalista, lo que implica un recurso a convenciones de validez universal sobre lo que es justo e injusto (p. 68). En muchos casos recurre a reglas o convenciones jurídicas que no se limitan a la búsqueda de beneficios, sino que también están encaminadas a la obtención de justicia. Por ejemplo, algunas de las

limitaciones impuestas son aquellas destinadas a garantizar la competencia económica, a combatir el abuso de las posiciones dominantes o, en otro terreno, a imponer impuestos a la herencia. Desde otra perspectiva, puede afirmarse que el capitalismo necesita de la ayuda de sus enemigos para encontrar los puntos de apoyo morales que le faltan e incorporar dispositivos de justicia para poder imponer su espíritu de acumulación, tarea en la que se ha mostrado robusto y triunfante. De esta forma, el capitalismo ha evolucionado de defender en su etapa inicial los valores de laboriosidad y de ahorro que sostenían implícitamente la vida del trabajo, para ahora promover un hedonismo materialista propio de la sociedad de consumo.

En síntesis, podemos decir que la crítica al capitalismo puede perder o ganar virulencia dependiendo de cada etapa histórica, pero que el capitalismo puede frente a ello conservar o cambiar sus dispositivos de acumulación y puede también mejorarlos, dotándolos de un mayor sentido de justicia. Ese cambio de dispositivos de acumulación tiene como consecuencia el desarme temporal de la crítica, pero tiene también bastantes posibilidades de conducir, a mediano plazo, a la formación de un nuevo espíritu del capitalismo a fin de restaurar la implicación de los asalariados que han perdido en ese proceso los puntos de referencia a los que se aferraban.

5. ELEMENTOS CONTEMPORÁNEOS

Uno de los elementos contemporáneos propios del capitalismo ha sido la transformación del concepto tradicional de ahorro como instrumento importante de promoción social, como había sido en el siglo XIX y principios del siglo XX. Ahora, el sentido del ahorro se aplica a otro tipo de bienes, ya no vinculados a la necesidad de bienes materiales sino a la buena disposición del tiempo libre, que se distingue por su búsqueda de información sobre proyectos, reservándolo para disponer de oportunidades potencialmente interesantes. Siendo el tiempo un recurso no almacenable, este tipo de ahorro no puede permanecer sin ser reinvertido de forma permanente, siendo la persona misma la que debe gestionar la mejor forma posible de su inversión.

Otro elemento a considerar es el alquiler o el préstamo, que aísla un componente tradicional de la propiedad, que es la disponibilidad total, si bien temporal. Ello lleva a privilegiar las cosas tomadas prestadas más que una posesión total y completa, y esta forma de relacionarse con la propiedad ya no se limita al mundo de los objetos, sino que también es válida en el ámbito de la información. De otro lado, para caracterizar al capitalismo contemporáneo es preciso apreciar la aparición de un conjunto de industrias que tienen por objeto el desarrollo de la imagen, la moda, la salud o la cosmética, lo que se vincula a la expansión del desarrollo personal, que va acompañado de la reorganización de las empresas por la aparición de nuevas profesiones.

Así, la propiedad se encuentra disociada de la responsabilidad hacia el otro, para pasar a ser una respecto a uno mismo, como responsable de su cuerpo, su imagen, su éxito y su destino (p. 234).

Lo que no puede olvidarse es que, para sobrevivir, el capitalismo ha recibido apoyo del Estado. Este apoyo se ha concretado muchas veces en normas constitucionales o legales, y se ha manifestado con distinta intensidad en distintas etapas de su desarrollo. Ese apoyo se ha manifestado en el reforzamiento normativo vinculado a los riesgos del proceso de acumulación, pero también en el retiro del poder coactivo que ha dado lugar contemporáneamente a la desregulación de los mercados financieros y al desarrollo de las empresas multinacionales. Recientemente hemos asistido en países en vías de desarrollo —como el Perú— a un capitalismo potente y autónomo frente a Estados cada vez más débiles, lo que, como conocemos, ha dado lugar a una marcada desigualdad en ingresos y oportunidades.

Desde una visión de largo plazo, podemos decir que han sido los movimientos críticos los que han informado al capitalismo sobre los peligros que le acechan, y en más de una ocasión ello ha resultado en el desplazamiento de las unidades de producción hacia países donde la crítica no es tan intensa. Ello, sin embargo, y como apreciamos en la actualidad, da lugar al surgimiento de populismos políticos que quieren imponer frenos a la deslocalización y promover el nacionalismo. Por tanto, la calidad de la atención que el capitalismo presta a la crítica depende de un conjunto de circunstancias y dinámicas de origen diverso, que ha dado lugar a variadas respuestas en el tiempo, pero no han logrado debilitarlo.

6. EL ESPÍRITU DEL CAPITALISMO

Es necesario hacer mención al espíritu del capitalismo, esto es, a la ideología que justifica el compromiso con el capitalismo y que ha pasado por diversas etapas de escepticismo y también de auge. Para Weber, el espíritu del capitalismo hace referencia a un conjunto de elementos éticos que inspiran a los empresarios en sus acciones a favor de la acumulación de capital y dieron lugar a una nueva relación moral de los seres humanos con su trabajo determinada como vocación. Según ese autor, con la reforma protestante

se impondrá la creencia en que el deber se cumple primero mediante el ejercicio de una profesión en el mundo, en las actividades temporales, en contraposición al énfasis puesto en la vida religiosa fuera del mundo terrenal que privilegiaba el ethos católico. Será esta nueva concepción la que permitirá esquivar, en los albores del capitalismo, la cuestión de la finalidad del esfuerzo en el trabajo (el enriquecimiento sin fin), superando de este modo el problema del compromiso que planteaban las nuevas prácticas económicas (cit. en Boltanski & Chiapello, 2002, p. 82).

Durante el siglo XVIII, las actividades lucrativas fueron revalorizadas por las élites debido a las ventajas sociopolíticas que esperaban lograr. En efecto, el pensamiento laico de la Ilustración justifica las actividades lucrativas en términos de bien común para la sociedad, mostrando cómo la emergencia de ciertas prácticas, en armonía con el desarrollo del capitalismo, fueron interpretadas como un perfeccionamiento del modo de gobierno. En esa situación fue preciso utilizar una pasión, la del lucro, para contrarrestar a otras, al considerarla como una pasión inofensiva frente a otras más agresivas. En otras palabras, se encuentran justificaciones de tipo individual en virtud de las cuales las personas encuentran razones para adherirse a la empresa capitalista y otras de carácter general que comprometen a la empresa capitalista y sirven al bien común.

Lo anterior no significa que durante ese proceso el capitalismo no haya recibido críticas muy acentuadas, pero si ha logrado sobrevivir contra todos los pronósticos que han anunciado regularmente su hundimiento, «se debe a que ha podido apoyarse en un cierto número de representaciones —susceptibles de guiar la acción— y de justificaciones compartidas, que han hecho de él un orden aceptable e incluso deseable, el único posible o, al menos el mejor de los órdenes posibles» (p. 46), y esas justificaciones han logrado ser aceptadas por un alto número de personas.

El espíritu del capitalismo es, precisamente, este conjunto de creencias asociadas al orden capitalista que contribuyen a justificar dicho orden y a mantener, legitimándolos, los modos de acción y las disposiciones que son coherentes con él. Estas justificaciones —ya sean generales o prácticas, locales o globales, expresadas en términos de virtud o en términos de justicia— posibilitan el cumplimiento de tareas más o menos penosas y, de forma más general, la adhesión a un estilo de vida favorable al orden capitalista. Podemos hablar, en este caso, de ideología dominante con la condición de que renunciemos a ver en ella un simple subterfugio de los dominantes para asegurarse el consentimiento de los dominados y de que reconozcamos que la mayoría de las partes implicadas, tanto los fuertes como los débiles, se apoyan en los mismos esquemas para representarse el funcionamiento, las ventajas y la servidumbre del orden en el cual se encuentran inmersos.

El nuevo espíritu del capitalismo
Luc Boltanski y Eve Chiapello

Ha sido fundamental para apreciar el espíritu del capitalismo la concepción en virtud de la cual la economía constituye una esfera autónoma, independiente de la ideología y de la moral, incorporando justificaciones que han sido aceptadas de manera extendida. La concepción utilitarista de la economía, por ejemplo, ha hecho que se acepte como «natural» que todo lo que es beneficioso para el individuo lo es también para la sociedad. El crecimiento de la riqueza, en consecuencia, es beneficioso, aporta

al bien común —quien quiera sea su beneficiario—, lo que lleva a considerar la marcha económica de las empresas como una medida de bienestar social prioritaria. De ello resulta la muy extendida consideración de que la propiedad privada, la libertad de empresa y la competencia económica son el mejor medio para satisfacer a los consumidores, lo que no excluye tener presente que para los capitalistas sigue siendo lo más importante la acumulación de capital. En ese sentido, la corriente en buena parte dominante hoy en día afirma que «la privatización y la mercantilización máxima de todos los servicios son [...] vistos socialmente como las mejores soluciones, ya que reducen el despilfarro de recursos y obligan a anticiparse a lo que esperan los clientes» (Boltanski & Chiapello, 2002, p. 51).

Debe recordarse que el anticapitalismo es tan antiguo como el propio capitalismo, y que una de las formulaciones más repetidas es aquella que da lugar a una indignación vinculada al sufrimiento individual en el ámbito de las emociones, pero también en algunos argumentos de carácter universal. Las fuentes de indignación se han mantenido durante los dos últimos siglos y son básicamente las siguientes: a) el capitalismo como fuente de desencanto y de inautenticidad del tipo de vida que se encuentra a él asociado; b) el capitalismo como fuente de opresión en la medida en que se opone a la libertad, a la autonomía y a la creatividad de los seres humanos, y busca la dominación del mercado como fuerza impersonal que fija los precios y las condiciones salariales; c) el capitalismo como fuente de miseria de los trabajadores y de la desigualdad, de alcance desconocido en el pasado; y d) el capitalismo como fuente de oportunismo y de egoísmo favoreciendo solamente intereses individuales (p. 84).

Por cierto, no ha sido sencillo mantener unidas esas diferentes causas de indignación e integrarlas en un marco coherente, pues no son automáticamente compatibles. Hay, pues, una imposibilidad de construir una crítica total y perfectamente articulada, a lo que se suma el hecho de que el capitalismo haya evolucionado reduciendo las formas más antiguas de opresión, aunque al precio de reforzar las desigualdades. En otras palabras, el capitalismo se ha visto obligado a justificarse y a reforzar los dispositivos de justicia que lo acompañan, haciendo referencia a determinados bienes comunes al servicio de los cuales dice estar. Uno de ellos es haber promocionado la competencia entre capitalistas, lo que ha obligado a una constante innovación tecnológica, la búsqueda de nuevos productos o servicios o la mejora de los ya existentes, y a la modificación de los modos de organización del trabajo, es decir, «una causa de cambio perpetuo del capitalismo según el proceso de “destrucción creadora” descrito por Schumpeter» (p. 92).

Los poderes liberadores del capitalismo, expresados en la superación de las antiguas servidumbres y controles por parte de minorías políticas o religiosas, en la práctica del salario y la protección de la propiedad, han tenido un efecto importante en las libertades políticas, que solo han sido históricamente reconocidas en países con prácticas capitalistas.

Debemos entonces concluir afirmando con Boltanski y Chiapello que «sería poco realista no tener en cuenta estos tres pilares justificativos centrales del capitalismo —progreso material, eficacia y eficiencia en la satisfacción de las necesidades, modo de organización social favorable al ejercicio de las libertades económicas y compatible con regímenes políticos liberales— en el espíritu del capitalismo» (p. 52).

7. LA INFLUENCIA NEOLIBERAL

En la actualidad prevalece la hegemonía de poder político-económico de los Estados Unidos, aun cuando enfrenta la competencia del Lejano Oriente (China, Japón, Corea del Sur, India) y la Unión Europea. Como afirma Hobsbawm, los Estados Unidos, a diferencia de la Gran Bretaña del siglo XIX, es un imperio ideológico que aspira a transformar al mundo a su propia imagen y semejanza y cuya principal expresión es la doctrina del neoliberalismo absoluto, que se difunde a través de instituciones como el BM, el FMI y la OMC controladas por el Primer Mundo (Hobsbawm, 1999, p. 10).

En el mundo anglosajón, el denominado neoliberalismo ha tenido como exponentes más destacados a pensadores como Milton Friedman, Friedrich von Hayek, James Buchanan y Robert Nozick en las últimas décadas del siglo XX. Es importante conocer sus tesis, que se han difundido como parte de la ideología de la globalización.

Friedman, por ejemplo, para quien su modelo económico ideal era el libre mercado de Hong Kong, propuso enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos mediante la incorporación de una Declaración de Derechos Económicos que restrinjan la intervención del Estado en la economía (Friedman & Friedman, 1980, p. 413 ss.). Las tesis de Friedman se pueden resumir en los siguientes postulados (Prebisch, 1981a, p. 162):

1. El libre juego de las fuerzas del mercado sin interferencia alguna en un régimen de plena competencia, lleva a la mejor asignación de los factores productivos y a la remuneración de estos factores según su aportación al proceso productivo.
2. Para que ello suceda, es indispensable evitar las restricciones a la libre competencia, que se manifiestan tanto en la combinación de las empresas para aumentar los precios, como en la fuerza de trabajo para elevar sus remuneraciones.
3. El Estado debe ser absolutamente prescindente, si bien se reconoce la necesidad de aliviar la suerte de quienes en el juego de la competencia quedan en el fondo del sistema.
4. Hay que frenar la inflación regulando la creación de la moneda y evitando el déficit fiscal de donde surge aquella.

De allí también la necesidad indispensable de limitar el gasto público.

Por su parte, Hayek concibió al mercado como un orden espontáneo, y recurrir al concepto de estado de derecho para afirmar la seguridad jurídica contra el intervencionismo estatal (1988, p. 212). Para Hayek, el concepto de «arbitrario» significa acción establecida por una voluntad particular que no está restringida por una regla general independientemente de si esta voluntad es la voluntad de uno o de la mayoría. En ese orden de ideas, cuando la mayoría interfiere en las leyes del mercado incurre en una arbitrariedad, al margen de los principios establecidos en la Constitución (1981a, pp. 31-32).

Nozick, filósofo del libertarismo, propone un Estado mínimo, dedicado exclusivamente a proteger a las personas contra el robo, el fraude y el uso ilegítimo de la fuerza, así como a respaldar el cumplimiento de los contratos (1988, p. 87)¹⁸.

Por su parte, las tesis del *Public Choice* son desarrolladas por James M. Buchanan, fundador de la Escuela de Virginia, quien crea la disciplina de la economía constitucional. Para este pensamiento, en sus decisiones públicas como ciudadanos, los individuos están motivados por un interés egoísta, racional y maximizador de la utilidad (Buchanan & Tullock, 1980)¹⁹. El modelo de contrato social de Buchanan se inspira en el pensamiento de Hobbes expuesto en su famosa obra *Leviatán* (1651): en el estado de naturaleza se libra la guerra de todos contra todos, hasta que la necesidad y el temor impulsan a que las voluntades individuales contrapuestas abduquen a favor de la voluntad del cuerpo político (Sola, 2004, p. 174). Desde su libro *El cálculo del consenso*, Buchanan ha sostenido que la búsqueda del interés egoísta del individuo puede traducirse en un bien, tanto en política como en economía. Dentro de este modelo constitucional, se propone reprivatizar los servicios y prestaciones de bienes, limitar el rol del Estado a la garantía del marco legal de los derechos y libertades, reducir la burocracia aplicando a su accionar el análisis costo-beneficio y cubrir el costo de los servicios públicos revirtiéndolo sobre los usuarios²⁰.

¹⁸ En respuesta a las tesis de Nozick, Rawls (1996) señala: «Tenemos así en este Estado mínimo, la opción de ser uno de los clientes del Estado, tal como lo hacemos de otras asociaciones. Aunque el libertarismo utiliza en forma importante la noción de acuerdo, no se trata, de ninguna manera, de una teoría del contrato social; porque una teoría de contrato social considera como pacto originario el establecimiento de un sistema de ley pública común, que define y regula la autoridad política y se aplica a todos en su calidad de ciudadanos» (p. 249).

¹⁹ Como precisa Sola (2004), «El juicio de valor que sostiene que los objetivos y valores de alguien no pueden ser *a priori* más importantes que los de alguna otra persona, es decir el individualismo normativo, es la base del modelo de Buchanan. Una de las implicancias de este principio es que los fines sociales no pueden existir. De acuerdo con esta visión, cada persona individual tiene el derecho de perseguir sus propios fines dentro del marco de normas colectivamente acordadas» (p. 156).

²⁰ Como señala Vega (2001), Buchanan y Tullock, exponentes del *public choice*, integran el llamado constitucionalismo fiscal, que apela «por la vía de las reformas constitucionales, o bien por la vía de la interpretación, se establezcan en el ordenamiento constitucional disposiciones relativas al equilibrio presupuestario, a la limitación de la presión fiscal o a la incidencia del producto interior bruto sobre los

Frente a este neoliberalismo debemos contraponer el liberalismo progresista de John Rawls, que admite la justicia distributiva y un activismo estatal, de fuerte contenido ético, en contraposición al neoliberalismo conservador de Hayek, Nozick y Buchanan. Para Rawls, las instituciones básicas de la sociedad deben ser ordenadas, eficientes y, sobre todo, justas. Si no lo son, deben ser reformadas o abolidas.

Sobre la base de esta tesis, desarrollada en *Teoría de la justicia*, Rawls caracteriza a la justicia como la primera de las virtudes sociales y desarrolla una teoría del contrato social en la cual los individuos se sitúan en la posición original, al inicio del contrato social, bajo el velo de la ignorancia, que asegura la imparcialidad. Nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición o clase social; tampoco cuál es su suerte en la distribución de bienes y talentos y capacidades naturales. Igualmente, nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología. No se conocen las circunstancias particulares de su propia sociedad. En esa condición se eligen dos principios de la justicia: el primero afirma que cada individuo tendrá derecho a una libertad básica compatible con un régimen de libertad similar de los otros. El segundo principio, denominado de diferencia, afirma que las desigualdades sociales y económicas son admisibles si cumplen dos condiciones: (i) deben estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad de oportunidades; (ii) deben favorecer el máximo beneficio de los miembros más marginados de la sociedad (Rawls, 1979, p. 166).

En especial, el primer principio, que abarca los derechos y libertades iguales para todos, bien puede ir precedido de un principio que anteceda en su formulación, el cual exija que las necesidades básicas de los ciudadanos sean satisfechas, cuando menos en la medida en que su satisfacción sea necesaria para que los ciudadanos entiendan y puedan ejercer fructíferamente esos derechos y libertades.

Liberalismo político
John Rawls

gastos públicos» (pp. 214-215). Sobre el individualismo radical del neoliberalismo y sus versiones politológicas como el *public choice*, Prats y Català (2002) critica esta perspectiva por las siguientes razones: (i) En América Latina los sistemas de propiedad forjados históricamente no reflejan «asignaciones eficientes de derechos ni mucho menos equitativas», por lo que partir de las mismas difícilmente se generará eficiencia económica o cohesión social, (ii) No todo intercambio puede entenderse realizado libremente y desde la lógica de la maximización. Existen esferas integrantes de la dignidad y libertad personal excluidas de la lógica del intercambio, en base a convenciones constitucionales e imágenes de la propia identidad personal y social; (iii) En determinadas circunstancias, un sistema político meramente basado en el intercambio podría conducir a resultados indeseables desde el punto de vista moral, como señaló Karl Polanyi; (iv) Fijar la naturaleza humana en el modelo meramente mercantil no solo es una coartada para la defensa del *statu quo* sino una renuncia al progreso humano, que carece de fundamento histórico (pp. 331-333).

En esa dirección, compartimos el pensamiento de Rawls, creador del sistema de ética más importante del pensamiento contemporáneo (Camps, 1990, p. 9), quien al revisar su teoría de la justicia en *Liberalismo político* (1996) plantea que el liberalismo es compatible con un Estado que responda activamente a una norma de justicia social o distributiva²¹.

En *Anarquía, Estado y utopía*, Nozick se confronta con Rawls y opone a los principios de justicia como imparcialidad y ventaja común una teoría retributiva de la justicia, al extremo que se elimina el segundo principio de la justicia de Rawls. Así, en el Estado mínimo no se puede privilegiar la situación de los que se encuentran en desventaja, por cuanto se abandonaría el concepto liberal de justicia. La influencia del pensamiento de Rawls también se manifiesta en el filósofo del Derecho, Ronald Dworkin, autor de *Los derechos en serio*, publicado en inglés en 1977. Asimismo, en *El imperio de la justicia*, a partir del estudio de la jurisprudencia estadounidense se desarrolla una crítica al pensamiento utilitarista y nos demuestra que el origen de las normas jurídicas no está en el positivismo, sino en principios éticos y filosóficos.

Mientras para el neoliberal Hayek el orden espontáneo basado en el libre mercado no puede ser modificado por el Estado por constituir esta interferencia una arbitrariedad, Rawls reconoce el papel de la justicia social o justicia distributiva en las sociedades actuales. Para Hayek, la justicia social es un espejismo, atavismo o fórmula vacía de contenido, puesto que solo tiene sentido como norma de conducta humana. Ninguna norma de ese tipo, concebida para sujetos que se proporcionan mutuamente bienes y servicios en una economía de mercado, sería capaz de producir una redistribución que pudiese calificarse sin absurdo de justa o injusta.

Así, en la teoría de Rawls ciertos bienes primarios o básicos, más allá de la desigualdad natural entre las personas, pueden ser objeto de acuerdo para promover su satisfacción, mientras en la teoría neoliberal de Hayek esto es inaceptable. En general, para el discurso de los defensores del neoliberalismo, el mercado libre nos recompensa de acuerdo con nuestro aporte al bienestar de los demás.

²¹ «En *A Theory of Justice* de John Rawls, la justicia como imparcialidad (*justice as fairness*) aparece como un modelo normativo de distribución equitativa de bienes básicos o primarios *primary goods*). Así, aunque la prioridad y uniformidad de las libertades garantizadas por su primer principio de la justicia subrayan indudablemente la pertenencia de Rawls a la tradición liberal, su exigencia de que no exista ningún bien socialmente relevante fuera del alcance de una norma de distribución contractualmente acordada. Concede a esta teoría un estatuto igualitarista ausente en la mayor (aunque no la mejor) parte de la tradición liberal» (Rodríguez Zepeda, 2004, p. 49).

«Sin menoscabar su original relativismo del bien, según el cual cada persona debe gozar de libertad para conformar su existencia a una noción particular de 'vida buena', defiende ahora la reivindicación de unos bienes primarios, mínimos, la ausencia de los cuales convertiría en falsedad y engaño la esperanza de alcanzar cualquier otro tipo de bien» (Camps, 1990, p. 13).

Sobre el modelo teórico de Estado mínimo de Nozick, cabe citar a Walzer:

Los argumentos de defensa de un Estado mínimo nunca se han ganado el favor de ninguna parte significativa del género humano. De hecho, lo más común en la historia de las luchas populares es la exigencia no por la liberación, sino por el cumplimiento: que el Estado realmente sirva a los fines que afirma servir, y que lo haga para todos sus miembros: La comunidad política crece por invasión cuando grupos previamente excluidos —plebeyos, esclavos, mujeres, minorías de toda clase— reclaman, uno tras otro, su parte de seguridad y bienestar (Walzer, 1997, p. 85).

Con relación al debate sobre las tesis del nuevo contrato social, Bobbio ha afirmado que el reto intelectual para el socialismo liberal consiste en que, partiendo de la concepción individualista de la sociedad —que es irrenunciable— y utilizando los mismos instrumentos del neocontractualismo liberal se puede contraponer un contrato social diferente, que incluya dentro de sus cláusulas un principio de justicia distributiva (Bobbio, 1987, p. 142).

El apogeo de las doctrinas neoliberales tuvo lugar quizá entre 1990 y 1997, tras la caída del Muro de Berlín y antes de la crisis financiera global. Algunos tal vez argumenten que el final del comunismo marcó el triunfo de la economía de mercado y la creencia en los mercados autorregulados. Pero esa interpretación, me parece, es equivocada. Después de todo, dentro de los mismos países desarrollados, este periodo estuvo marcado casi en todas partes por un rechazo de tales doctrinas, las del libre mercado de Reagan y Thatcher, a favor de políticas «demócratas nuevas» o «laboristas nuevas». Una interpretación más convincente es que durante la Guerra Fría, los países industrializados sencillamente no pudieron arriesgarse a imponer estas políticas, que tanto afectan a los países en desarrollo. Estos últimos tenían una opción: Occidente y el Este se granjeaban su apoyo, y los evidentes fracasos de las recetas occidentales los hacía voltear hacia el otro lado. Con la caída del Muro de Berlín, estos países ya no tenían a dónde ir. Ahora podían imponérseles estas doctrinas riesgosas con impunidad. Pero esta perspectiva no solo es insensible, es también estrecha: hay una miríada de formas desagradables que el rechazo a una economía de mercado que no funciona al menos para la mayoría, o para una gran minoría, puede asumir. Una economía de mercado supuestamente autorregulada puede generar un capitalismo mafioso —y un sistema político mafioso—, preocupación que por desgracia es ya algo muy real en algunas partes del mundo.

Prólogo a *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*, de Karl Polanyi
Joseph Stiglitz

Ahora bien, las recetas neoliberales en Latinoamérica han tenido características especiales. Como afirman Ugarteche y Martínez-Ávila:

Los ajustes estructurales que enfatizan la propiedad privada y los aspectos financieros en consonancia con el catálogo neoliberal, fueron realizados en la región latinoamericana por medio de las disposiciones del FMI en el contexto de la crisis de la deuda en la década de los años ochenta. La desregulación de la actividad económica, la apertura comercial, la privatización de empresas paraestatales, la movilidad de capitales y la liberalización financiera caracterizaron este proceso y conllevaron la autonomía de la banca central, la libre fijación de la tasa de interés, la privatización de la banca, así como el fomento de los mercados de valores y la liberalización del movimiento de capitales. Estas políticas fueron luego selladas mediante los tratados de libre comercio con Estados Unidos y la Unión Europea (Ugarteche & Martínez-Ávila, 2013, pp. 46-47).

En síntesis, en la actualidad se presentan en el mundo desarrollado capitalista determinados problemas que tienen influencia en el ámbito económico y que influyen en el desarrollo de los países menos desarrollados. Una de esas crisis es la dificultad para generar empleo entre la población más joven, lo que ha dado lugar a un generalizado malestar. Otra es la vinculada a los conflictos medioambientales y al enfrentamiento con las organizaciones que buscan defender a la naturaleza. Y una tercera crisis es el conflicto que se presenta con los migrantes, pues en las últimas décadas ha habido una gran movilidad de población, especialmente hacia los países desarrollados de occidente. Es por ello que se afirma que la salida de estas crisis puede dar lugar a la necesidad de que el capitalismo se deba adaptar a estas demandas, como ya lo hizo en ocasiones anteriores.

8. EL PROCESO GLOBALIZADOR

Como cuestión previa, consideramos que debemos de tratar de ser precisos en cuanto a los alcances del concepto de globalización. Como señala Beck, se trata del concepto peor empleado, menos definido, más nebuloso y políticamente más eficaz de los últimos años (Beck, 1998, p. 40). En ese orden de ideas, los críticos de este proceso rechazan el supuesto según el cual la globalización es únicamente un proceso «objetivo» de naturaleza económica, cuando es también un proceso con una dimensión ideológica.

Así, se distingue entre globalismo, globalidad y globalización. El globalismo es una concepción según la cual el libre mercado debe regular toda actividad económica²²;

²² Uno de los textos más críticos del llamado globalismo es *El mito del desarrollo. Los países inviables del siglo XXI* (1988), del peruano Oswaldo de Rivero, quien cuestiona el pensamiento único surgido del llamado Consenso de Washington, que sostiene que los Estados solo deben intervenir para mantener

la globalidad no es un proceso surgido en el umbral del milenio: hace ya mucho tiempo que en el planeta vivimos en una sociedad mundial, y no hay países y grupos que vivan al margen de los demás. Los Estados son interdependientes y las formas económicas se entremezclan. Lo nuevo acerca de la globalidad es que ha devenido en una condición necesaria e irreversible de la actividad humana en la posmodernidad, debido a diversos factores como el ensanchamiento geográfico, la creciente densidad del intercambio internacional, la extensión de la red de mercados financieros, el poder global de las empresas transnacionales, el desarrollo de las telecomunicaciones y de la información, la exigencia de la comunidad internacional de respetar los derechos humanos, la presencia de nuevos actores transnacionales, como las organizaciones internacionales y las ONG, la problemática de la pobreza global y de los daños al ecosistema mundial, la consolidación de una cultura global y el surgimiento de movimientos sociales en red.

La globalización, en cambio, es un proceso mundial que avanza en diferentes dimensiones: informática, ecológica, económica, de la organización del trabajo, de la cultura, de la sociedad civil. Globalización significa, como apunta Beck, la pérdida de fronteras del quehacer cotidiano en las distintas dimensiones de la actividad humana (1998, p. 42).

Uno de los efectos más controvertidos del proceso de globalización es el ocaso del Estado Nación (Rivero, 1988, pp. 22-53; Evans, 2001, pp. 3-32; Moreno, 2001, pp. 67-93; Fuenzalida, 2009, pp. 447-457), y algunos consideran que este ocaso

la disciplina fiscal, lograr una tasa de cambio estable, liberalizar, desregular, privatizar la economía y atraer inversiones extranjeras, bajo la supervisión del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial y de la Organización Mundial del Comercio. En similar dirección, el filósofo expartidario de la «nueva derecha» y profesor en el London School of Economics, John Gray, en su libro *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global* (2000) sostiene que «El proyecto del libre mercado global estaba destinado a fracasar. En esto, como en muchos otros aspectos, se parece a ese otro experimento en ingeniería social utópica del siglo XX, el socialismo marxista. Ambos estaban convencidos de que el progreso humano debe tener como meta el establecimiento de una civilización única; niegan que una economía moderna pueda existir en muchas variedades, están preparados para pagar un alto precio en términos de sufrimiento de la humanidad a cambio de imponer al mundo sus propias ideas y ambos han quedado encallados en las necesidades humanas vitales. Igual que otras utopías del siglo XX, el *laissez faire* global será tragado, junto con sus víctimas, en el agujero de la historia» (pp. 295-296). Asimismo, no hay que desatender las críticas al globalismo y a la globalización, entre ellas las que provienen hasta de un prominente personaje del mundo de las finanzas (cfr. Soros, 2002). Asimismo, el desarrollo del movimiento antiglobalización ha sido definido por el sociólogo francés Alain Touraine en estos términos: «No hay ninguna homogeneidad en el movimiento antiglobalización. En Seattle el grupo principal de participantes eran los sindicalistas norteamericanos, movilizados por los mismos sindicatos [...] Lo esencial es reconocer una heterogeneidad casi completa de este movimiento en que se mezclan la defensa de intereses locales con el pensamiento de grupos muy ideológicos. La única unidad, la oposición de todos los participantes a la hegemonía de los grandes grupos económicos financieros y económicos. No es un movimiento pro, es un movimiento contra» (entrevista para *El País*, marzo de 2002).

generaría la extinción del Estado constitucional y social de derecho como forma de articulación de la convivencia política (Tajadura, 2008, pp. 43-79; Ruipérez, 2003, pp. 127-171). En ese orden de ideas, no existiría alternativa nacional a la globalización, pero quizás sí en el ámbito transnacional (Beck, 1998, p. 216). Así, se sostiene la necesidad de un gobierno de la globalización, con una composición democrática en la que se debatan las políticas económicas mundiales y se exija una responsabilidad política, social y ecológica a las empresas transnacionales y a los organismos financieros multilaterales como el FMI y el BM (Bernal Pulido, 2006, p. 329).

A nuestro juicio, no debe caerse en el fatalismo de la muerte del Estado Nación. Los Estados nacionales y sus respectivas administraciones deben adaptarse al proceso para enfrentar su asimetría y los abusos del poder transnacional: es preciso una regulación supranacional del proceso²³. Por ejemplo, la globalización de la economía se manifiesta en una globalización de la tributación o de los aspectos fiscales internacionales dentro de los sistemas tributarios nacionales. Una de sus manifestaciones son las propuestas de impuestos globales, tales como el impuesto sobre los hidrocarburos y el impuesto sobre transacciones de divisas. Los impuestos globales, como todos los impuestos, pueden tener tres finalidades: 1. finalidad extrafiscal (incentivar o desincentivar determinadas actividades o el cumplimiento de determinados objetivos de política social, económica o ambiental); 2. finalidad fiscal o recaudatoria, y 3. redistribución de la renta (Bokobo, 2006, p. 105 ss.).

Desde un enfoque crítico del neoliberalismo absoluto, Joseph Stiglitz, Premio Nobel de Economía 2001, propone la reestructuración del sistema global integrado por el FMI, BM y la OMC (2003, pp. 51-52).

²³ «Así por ejemplo, hay un fuerte impulso para crear la llamada ‘Tasa Tobin’ que suponga un leve desestímulo para la inversión financiera puramente especulativa. El apoyo a la Tasa Tobin implica reconocer que los mercados financieros no pueden operar de forma completamente libre, sin asumir los costos de ir alojándose en aquellos países que, cada día o cada minuto, les vayan ofreciendo mayores rendimientos. Los flujos de inversión deberían tener también incentivos para generar inversiones productivas y no meramente especulativas. Las inversiones productivas permiten crear empleos, construir viviendas y fábricas, financiar proyectos de desarrollo para las pequeñas y medianas empresas, etcétera. Nada de eso puede darse cuando los capitales entran y salen de los países en menos de cuarenta y ocho horas [...]. De forma más general, incluso se puede ir pensando en la creación de una “fiscalidad mundial” que sirviera para financiar a las instituciones internacionales que actúan para garantizar los derechos fundamentales (la misma ONU en general, o la UNICEF, la FAO o la OMS en particular). Aparte de la llamada Tasa Tobin, la fiscalidad mundial podría imponer tributos para resarcir el indebido enriquecimiento de las empresas de los países más desarrollados a través de la explotación, o incluso del daño, de los llamados “bienes comunes de toda la humanidad”, como lo son las órbitas satelitales, la composición atmosférica o los recursos de los fondos oceánicos, todos explotados actualmente como si fueran *res nullius*, cuando en realidad pertenecen a toda la humanidad y, en consecuencia, no pueden ser objeto de apropiación de ninguna empresa y de ningún Estado en particular» (Carbonell, 2003, pp. 162-163).

La globalización se define también, y ante todo, como un proceso gradual de transferencia de las soberanías económicas, políticas, militares y culturales desde la esfera política del Estado-Nación en la que estuvieron ancladas hasta tiempos muy recientes hacia un sistema de agencias, organismos e instituciones internacionales de diversos niveles que asumen la tarea de una construcción de orden planetario: la de un nuevo poder mundial. Su tendencia dominante es la institucionalización y legitimación de un estado de subordinación y dependencia de los poderes nacionales en relación con un sistema de ordenamiento y objetivos de carácter supranacional. En este sistema, las relaciones entre los Estados que van siendo incorporados no son igualitarias. De tal modo que la capacidad para influir las decisiones de las agencias y de las instituciones que asumen el control se encuentra notoriamente jerarquizada. Esto da lugar a la consolidación de la vieja polaridad de norte y sur en la forma de un nuevo sistema de hegemonías que se legitima por el orden emergente y que busca, en consecuencia, una condición final de unipolaridad. La consecuencia desde la perspectiva particular de las naciones a las que esta hegemonía subordina es el debilitamiento acelerado del Estado nacional y de los fundamentos en que descansa este: las instituciones sociales en las que se expresa la voluntad de su ciudadanía como fuente originaria del poder político. Económico y social.

La agonía del Estado-Nación
Fernando Fuenzalida

Las políticas de flexibilidad del mercado laboral están produciendo una pérdida del significado del trabajo como medio para la realización de la persona, a favor de su consideración como un bien escaso en el mercado, en una economía basada en las condiciones competitividad empresarial impuestas por la globalización, como denuncia Forrester en el libro *El horror económico*: «Una mayoría de seres humanos ha dejado de ser necesaria para el pequeño número que, por regir la economía, detenta el poder. Según la lógica dominante, multitudes de seres humanos carecen de motivo racional para vivir en este mundo, donde sin embargo llegaron a la vida» (1997, p. 31).

Frente a esta situación se requiere una política ofensiva que apueste por la calidad del empleo y por conectarlo con una ocupación que permita una integración social y libere de la necesidad, es decir, que permita una existencia humana digna y reduzca la pobreza y la desigualdad social. Así, se contempla la calidad del empleo en la lógica de la economía de mercado, y también en la realización del derecho social al trabajo de relevancia constitucional (Monereo & Molina, 2002, p. 1368).

De otro lado, la crisis financiera de 2008 dio lugar a un aumento de la desigualdad, principalmente por un estancamiento del poder adquisitivo de las clases populares y medias en los Estados Unidos, lo que incrementó la tendencia al endeudamiento en los hogares modestos, a lo que se sumaron intermediarios financieros poco escrupulosos y la posibilidad de acceder a créditos desregulados de los bancos (Piketty, 2014, p. 324).

Es decir, los bancos se dedicaron a dar préstamos de alto riesgo, porque eran altamente rentables: demasiado rentables para ser buenos para la economía en su conjunto, pero demasiado rentables solo porque los tipos de interés eran demasiado bajos y la regulación bancaria demasiado laxa (Posner, 2012, p. 192).

Ante estos retos, desde las posiciones críticas a la globalización se ha generado un constitucionalismo global para atender las necesidades básicas, multiculturalismo, ecología, democracia y derechos humanos (Pisarello, 2001, pp. 252-260). Así, se plantea fortalecer los instrumentos de control y garantía de los distintos documentos internacionales que prevén el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales para los habitantes del planeta; articular un modelo de derechos humanos apto para combinar aspiraciones universalistas con prácticas multiculturales; constituir un sistema de límites jurídicos capaces de garantizar el desarrollo sostenible como deber y derecho humano para las generaciones presentes y futuras; así como profundizar y proyectar las exigencias constitucionales y democráticas de los Estados hacia instancias federales que permitan fortalecer los sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

En efecto, nuestras sociedades democráticas se basan en una visión meritocrática del mundo, o por lo menos en una esperanza meritocrática, es decir, en la creencia en una sociedad en la que la desigualdad se basaría más en el mérito y el trabajo que en el parentesco y las rentas. Esta creencia y esta esperanza desempeñan un papel central en la sociedad moderna, por una razón simple: en una democracia, la igualdad proclamada de los derechos del ciudadano contrasta de manera singular con la desigualdad muy real de las condiciones sociales de vida, y para salir de esta contradicción es vital hacer que las desigualdades sociales sean el resultado de principios racionales y universales y no de contingencias arbitrarias. Por ello, en este caso, la desigualdad debe ser justa y útil para todos ('Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común', dice el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789), por lo menos en el discurso y, tanto como sea posible, en la realidad.

El capital en el siglo XXI
Thomas Piketty

Compartimos el criterio de que se requieren instrumentos supranacionales de cooperación para luchar contra el crimen organizado y la corrupción, y para controlar los más flagrantes abusos del poder de los agentes de los económicos internacionales. En esa dirección, la globalización obliga a desarrollar sistemas de control supranacional de la economía y perfeccionar las instituciones públicas de control, para prevenir riesgos y conservar la confianza de los ciudadanos y las empresas inversoras en el buen funcionamiento del sistema económico (Rivero Ortega, 2001, p. 42).

CAPÍTULO 3

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS RELACIONES ESTADO-MERCADO EN EL PERÚ

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Como cuestión preliminar debe subrayarse la importancia de la interacción entre Estado y mercado para la comprensión del pasado histórico. Estado y mercado son dos instituciones casi tan antiguas como la historia misma, y desde tiempos muy tempranos su relación fue compleja y polémica. En ese sentido, las civilizaciones podrían clasificarse en dos: aquellas donde el Estado precedió al mercado y lo puso en cierta forma a su servicio —cuando no inhibió su desarrollo—, y aquellas donde fue el mercado el que precedió al Estado y logró subordinarlo a sus fines (Contreras & Glave, 2002, p. 14). Son ejemplos del primer tipo la mayor parte de los Estados de América Latina y, dentro de Europa, España y Francia. Por cierto, se trata siempre de una relación dialéctica, en el sentido de que el desarrollo y el contenido adoptado por el mercado reclaman determinado tipo de Estado y viceversa. En esa dirección, citamos la siguiente reflexión:

Hoy en día la relación entre estas dos instituciones es motivo de vivo debate, habiendo llegado a plantearse si el Estado nacional, la gran creación de los tiempos modernos, no resulta ya poco funcional a la globalización alcanzada por el mercado y deba, en consecuencia, tal vez desaparecer. A una época marcada por la gran esperanza en el papel promotor del Estado para el desarrollo y el bienestar económicos ha sucedido otra que parece depositar su confianza en el funcionamiento casi autónomo del mercado, dejando para el Estado solo una función de regulación y arbitraje. No en todas partes del mundo, sin embargo, está el Estado preparado para asumir esta delicada tarea, o está el mercado listo para actuar de forma tan autónoma y con tanta prescindencia del poder público. Ni tampoco está la población convencida de alistarse en una empresa tan riesgosa como esa. Por lo mismo, el debate adquiere caracteres particulares en cada ámbito, así como

consecuencias cruciales en lugares como América Latina, donde el adecuado desenvolvimiento del organismo económico es cuestión, ya no de niveles de bienestar, sino incluso de vida o muerte para amplios sectores de la población (Contreras & Glave, 2002, pp. 14-15).

Hay que resaltar, para evitar equívocos, que el mercado tal como es entendido en nuestros días es un fenómeno relativamente reciente en la historia de la humanidad. Según North, pensador liberal de la escuela neoinstitucionalista, para que exista propiamente un sistema de precios de mercado se requiere de la existencia de derechos de propiedad bien definidos y exclusivos y de instrumentos claros para su cumplimiento, y ha de existir además un mecanismo que garantice y controle el intercambio de bienes (North, 1984, p. 59). Como bien recuerda Contreras, «la sociedad y economía presentes son el producto de la sociedad y economía del pasado, que de forma incesante, e imperceptible para la mayoría de las personas, va moldeando las transformaciones que vivimos» (Contreras, 2010, p. 13). Así, para la comprensión de la situación política y económica de nuestros días, es necesario hacer un brevísimo recuento histórico de la relación Estado-mercado en el Perú, desde sus orígenes y en especial de las últimas décadas, que sirva como marco interpretativo de las disposiciones del constitucionalismo económico, tal como son entendidas, interpretadas y aplicadas por los ciudadanos y el Estado.

2. ÉPOCA PREHISPÁNICA

Cuando el ser humano llegó hace veinte mil años a América, probablemente proveniente del Asia, estaba ya con sus cualidades biológicas plenamente desarrolladas; era, como nosotros, *homo sapiens* (Lumbreras, 2010, p. 23). Ese ser humano se diferencia de las demás especies de animales por su capacidad de crear instrumentos —que transmite socialmente de unos individuos a otros— que son los procesos de creación, heredables y transmisibles genéticamente. Hay que tener presente que la etapa prehispánica abarca una larga etapa que llegó hasta el siglo XVI, lo que equivale a más del 90% de nuestro pasado. En ese tiempo la población vivió aislada del resto del mundo, sin mayores intercambios comerciales o de otro tipo. Las posibilidades de actividad comercial fueron muy limitadas, principalmente por las dificultades de transporte, pues no existían ríos navegables ni rueda, y los animales no eran capaces de soportar grandes cargas; por tanto, la economía era básicamente de autoconsumo. Sin embargo, la civilización andina tuvo un importante control de pisos ecológicos que le permitió obtener autosuficiencia alimenticia.

Dicho lo anterior, para comprender el funcionamiento de las relaciones económicas en las sociedades primitivas que no conocieron un sistema de precios de mercado,

los científicos sociales han desarrollado diversos conceptos, entre ellos, los de reciprocidad y redistribución.

La reciprocidad ha sido definida como el intercambio de bienes u objetos de valor para establecer o reforzar los lazos entre las personas, sin computar su valor económico ni procurando que a través de este sea necesario alcanzar un equilibrio (Harris, 1991, p. 633). En tanto, la redistribución —la reciprocidad estatal— fue un sistema de intercambio basado en la centralización por un núcleo dominante del Estado de los bienes producidos por los trabajadores de las sociedades primitivas. En la época prehispánica, la reciprocidad comunal no fue sino el trabajo colectivo y la distribución igualitaria del producto que caracterizaron a las relaciones económicas de los grupos primitivos como el ayllu. Con la aparición del Estado Inca, la reciprocidad comunal, si bien subsistió, no definió las relaciones esenciales de la economía²⁴. María Rostworowski nos dice que gran parte de la redistribución era consumida por el sistema de la reciprocidad, por el cual el Estado se veía obligado constantemente a renovar grandes «donativos» a los diversos señores étnicos, a los jefes militares, a las huacas, etc., y que para cumplir con estas tareas se creó un gran número de depósitos estatales, porque el Estado tenía que disponer de cuantiosos bienes acumulados, ya que estos representaban el poder (Rostworowski, 1988, p. 262).

La organización económica de los incas ha interesado desde el siglo XVI, pero solo desde épocas recientes se propone que se trató de una sociedad sin moneda, mercado ni comercio, aun sin tributo entendido a la manera occidental. Los cronistas destacaron desde el siglo XVI la eficiencia de su régimen económico, mencionando la abundancia de la producción agrícola y ganadera y de otros recursos naturales, destacando la complementariedad de los recursos producidos en una ecología tan dispereja que parecía estar en pie de guerra. Cada grupo humano había alcanzado una suerte de autarquía económica y se integraba finalmente en el Tahuantinsuyo, donde una gigantesca red caminera permitía la distribución de bienes (por el Inca y los curacas). Desde los cronistas se destacó la eficacia de la administración incaica, si bien al hacerlo se silenció el prolongado desarrollo previo de los criterios económicos basados en la reciprocidad y la redistribución.

No hubo mercado, sino intercambio basado en la reciprocidad, medido en energía humana, no en bienes. Puede notarse, tanto en la documentación española colonial, como en el resultado del trabajo etnográfico actual, que existe una suerte de «contabilización» de la energía humana que se recibe y que se adeuda. Por ello no es factible estudiar la economía andina al margen del parentesco, que hace posible la reciprocidad.

²⁴ Dice Franklin Pease que «la organización política del Tahuantinsuyo era, en síntesis, consecuencia de una muy sofisticada relación de reciprocidad-redistribución entre el Cusco y los grupos étnicos adscritos (conquistados) por los incas. Para explicar esto debe tenerse en consideración que las relaciones recíprocas y redistributivas se basaban en el parentesco» (2003, p. 14).

Los miembros de un ayllu —familia extendida— se hallaban relacionados entre sí por múltiples obligaciones y derechos, ritualmente originados y perpetuados. Como las relaciones de este tipo abarcaban casi todos los órdenes de la vida diaria, se hizo común desde el siglo XVI hablar de una economía «comunitaria», en la que teóricos de ayer y de hoy sostuvieron la existencia de una propiedad colectiva de la tierra, los rebaños de camélidos y otros bienes.

En realidad lo que tenemos es una «comunidad de trabajo», no una propiedad común. Obviamente, los autores europeos del siglo XVI, así como los especialistas modernos, basaron su explicación en la propiedad entendida a la manera europea y tan arraigada en su historia. En cambio, se aprecia que en los Andes el empleo de las cosas se relaciona con la estructura social y, obviamente, con el parentesco, regulándose la vinculación entre el Cuzco y los grupos étnicos de tal forma que parece parental. Por ello, riqueza y pobreza deben explicarse estructuralmente, pues no dependían de las posibilidades individuales de acumulación, sino específicamente del acceso a la mano de obra proporcionada por las relaciones (y obligaciones) del parentesco. Pobre se dice *huaccha* en runasimi, y *huaccha* quiere decir principalmente huérfano. La orfandad explica mejor que nada la identificación de la pobreza con el aislamiento social.

Breve historia contemporánea del Perú
Franklin Pease

En la época del Tahuantinsuyo, los recursos humanos y naturales estuvieron manejados de forma sostenida, lo que fue fundamental para su existencia. El Estado Inca, mediante la guerra o a través del control de los procesos de producción, se apropió de la tierra y de los productos que repartía. Al imponer su dominación, tuvo un rol distribuidor de bienes y servicios, monopolizó la producción de ciertos productos, detuvo el desarrollo de mercado —o lo arrinconó a ámbitos marginales— y propició la autosuficiencia. Afirma Waldemar Espinoza que el Estado Inca

no estaba hecho para estimular el comercio o transacción de productos a nivel institucional ni privado. El ideal del Estado Inca era retribuir y redistribuir los bienes guardados en sus almacenes a título de recompensas y/o salarios entre sus amigos y servidores: mitayos o trabajadores, chasquis, guerreros, espías, paniaguados o áulicos y parientes, quienes, estas donaciones agregábanlas a los productos que obtenían en sus lotes ubicados en sus ayllus. He aquí la causa de la existencia de un pequeño comercio serrano, innegablemente no bien desarrollado (Espinoza, 1997, p. 155).

Como señala Espinoza, «la organización económica del Tahuantinsuyo puede ser analizada convenientemente a partir de cuatro encabezados: 1) la estructura de la propiedad y posesión de la tierra; 2) la organización del trabajo; 3) lo concerniente a la producción, distribución, intercambio y consumo; y 4) las cuentas y medidas de valor» (2010, I, p. 317).

Federico Kauffmann Doig nos dice que el incario puso en práctica técnicas agrícolas destinadas a aumentar el ritmo de producción de alimentos para hacer frente a una crisis desatada por el crecimiento demográfico (2002, p. 719 ss.). Para acometer esta empresa creó un aparato estatal férreo y centralizado, bajo la dirección de una aristocracia gobernante que contó con los brazos necesarios para la realización de grandes proyectos de canalización. El Estado disponía de la tierra, por lo que controlaba la producción y distribución de alimentos. Más allá de que lo requerían las élites gobernantes, fue política del incario la distribución equitativa de la producción agrícola entre la población. Sin lugar a dudas, se tuvo un conocimiento hidráulico muy elaborado, así como técnicas agrícolas avanzadas, lo que permitió dominar diversos pisos ecológicos y consolidar un sistema económico amoldado a la naturaleza andina.

El ayllu fue la célula productora y estuvo conformado por un número variable de familias conyugales que tenían asignadas parcelas de las que extraían el sustento familiar y el tributo a los administradores gubernamentales. El arraigo al terruño engendró en el campesino un sentimiento de posesión que lo hacía sentirse «dueño» de la tierra, sin serlo en términos estrictos.

Dos fueron los modelos básicos del servicio colectivista: la *minka*, en virtud de la cual un grupo de gente realiza una determinada faena recibiendo del organizador de ella solo la alimentación; y el *ayni*, que se basaba en la reciprocidad y permitía aliviar alguna necesidad más o menos apremiante de algún miembro del ayllu. Este último también servía para la realización de obras de bien común, como la limpieza de una acequia de regadío o el arreglo de un camino.

Señala Kauffmann que aparte de la tributación agropecuaria producida por el pueblo en su ayllu, así como de productos manufacturados y de materias primas, el Estado exigía al pueblo la prestación de trabajo personal gratuito, que se cumplía por turnos y se denominaba *mita*. Este era un sistema de servidumbre que cubría lo más variados servicios y que todos estaban obligados a cumplir, con excepción de los ancianos y la nobleza. Por ejemplo, fueron tareas de los mitayos la extracción de las minas y el acarreo de piedras para levantar las construcciones (Kauffmann, 2002, p. 725).

El importante sistema vial y la construcción de tambos tendrán una mayor utilización comercial durante la época colonial. Si bien se configuró un país marcadamente agrario, ello no alcanzó a eliminar el activo comercio costeño, que utilizó variadas formas de monedas que adquirieron singular importancia comercial en la vida urbana del litoral, debido a la existencia de artesanos especialistas (Espinoza, 1987, II, pp. 191, 194). Subordinadamente, la forma de circulación comercial más utilizada en la época prehispánica fue el trueque —tanto de artículos suntuarios como de subsistencia—, en el que predomina el intercambio, pero no la mediación con ánimo de lucro.

Es importante hacer mención a la *mita*, pues este sistema de trabajo generaba rentas al Estado Inca, mediante el cultivo de tierras, cuidado del ganado, confección de armas, piezas y objetos artesanales, etc. Consistía en una labor por turnos en la que participaban millares de trabajadores extraídos de los ayllus para la construcción y el trabajo en obras del Estado, a los cuales se retribuía con comida, bebida y otros bienes. No cabe duda de que los millones de brazos que representaban los mitayos garantizaban el funcionamiento del Estado Inca. No lo hubieran podido hacer de otra forma, pues no existía dinero para pagar servicios y herramientas. Los grupos de control y dirigencia imperial no formaban parte de los mitayos. La tributación era el trabajo. Fue el pleno funcionamiento del ayllu o familia extensa, colectivista y agraria lo que permitió al Estado Inca llevar a cabo obras públicas colosales, tanto en el campo de la agricultura como en el de la ingeniería (Espinoza, 1997, pp. 206-207).

El Estado Inca, a pesar de su carácter multinacional, multilingüístico y pluricultural, tuvo muchos elementos semejantes que han servido para hablar de una civilización andina, pero hubo notorias diferencias entre la costa y sierra, y dentro de la misma área serrana. En el vasto territorio del Imperio, existió un limitado sistema de equivalencias y de monedas-mercancías, pues los incas nunca tuvieron interés en la creación de monedas metálicas. Se conoció la balanza y la técnica de los cálculos, se acumuló oro y plata, pero no existió la propiedad privada, que es condición necesaria para la existencia de un sistema de precios de mercado. El dinero fue suplido con productos almacenados por el Estado para su redistribución entre sus súbditos (Espinoza, 1987, p. 191). La organización económica del Incario fue el resultado de un proceso de muchos siglos, determinado por múltiples factores étnicos y sociales, y del colectivismo agrario, una consecuencia del desarrollo incipiente de la personalidad jurídica individual (Ugarte, 1977, p. 19). Las desigualdades económicas y sociales entre sierra y costa a las que hemos aludido facilitaron la introducción del sistema económico impuesto por los españoles en las zonas costeñas, mientras que en las zonas serranas siguió teniendo mayor importancia el trueque directo, las monedas-mercancías, la ayuda mutua y la economía natural (Espinoza, 1987, p. 196).

El comercio, tal como se le entiende en la civilización occidental, no solo significa el intercambio de bienes necesarios satisfacer las necesidades humanas, sino también la realización de actos de mediación y el reconocimiento o ánimo de lucro de quien realiza esas actividades. Ello implica la posibilidad de que los individuos manifiesten su voluntad libremente en los fenómenos que den lugar a la oferta y la demanda, y la coincidencia con una o la otra en razón de sus condiciones recíprocas. Los actos a que da lugar la vida comercial son de carácter estrictamente jurídico, pues el cambio, elemento capital del comercio —que adquiere con las nuevas tecnologías y la denominada sociedad de la información modalidades originales y desconocidas

hasta hace poco—, es siempre una forma de contratación. Desde esta perspectiva, el comercio en el Estado Inca fue practicado de modo marginal.

La autosuficiencia en la era prehispánica estuvo apuntalada por el manejo de los pisos ecológicos, la reciprocidad o *ayni*, el colectivismo o *minka*, y el tributo en trabajo o *mita* correctamente retribuido. «El primer sistema les permitió cosechar productos de todos los climas; el segundo les facilitaba la reproducción de la familia; el tercero, la reproducción de la comunidad; y el cuarto, la reproducción del Estado» (Espinoza, 2010, p. 427).

Como sabemos, el descubrimiento de América produjo en Europa una honda repercusión. El aporte peruano a la medicina europea fue de gran importancia y con la corteza del árbol de la quina pudo combatirse el flagelo del paludismo; asimismo, la coca se utilizó como un analgésico antes desconocido. Sin embargo, fue sin duda en el ámbito de la construcción y de la alimentación donde se dio la herencia más rica del Incario.

La originalidad de las culturas andinas radica en su aislamiento y en el ingenio de sus habitantes para superar las dificultades del medio ambiente. A medida que se desarrollaba el Estado Inca y extendía su dominio en amplios territorios, aumentó también la clase administrativa perteneciente a la nobleza cusqueña, que debía ser satisfecha constantemente mediante donaciones y regalos. A ello se sumó el costo del sostenimiento de los ejércitos en campaña. Estas demandas de productos estatales exigían una ininterrumpida compensación. Para la economía inca, la reciprocidad fue como una vorágine perpetua cuyo paliativo de nuevas conquistas y anexiones territoriales traían como resultado una creciente necesidad de aumentar las fuentes de productos y riquezas.

Dice Rostworowski (1988, p. 286) que fueron las mismas instituciones que en los inicios permitieron el desarrollo del Estado Inca las que le dieron fragilidad y lo hicieron vulnerable, pues empujaron a sus gobernantes a una expansión sin límites. El espectacular derrumbe se produjo por una serie de motivos que esta historiadora divide en dos tipos: las causas visibles y las causas profundas. Entre las primeras se encuentran la guerra fratricida que mantuvo dividido al poder, el factor sorpresa aprovechado en la emboscada de Cajamarca, la superioridad tecnológica europea y la presencia del caballo. Dentro de las segundas, la falta de integración nacional —por no tener los naturales conciencia de unidad frente al peligro extranjero—, la carencia de cohesión entre los grupos étnicos, y el creciente descontento de los grandes señores provincianos frente a la política de los soberanos cusqueños. Todo ello explica la insatisfacción que debió reinar entre los señores y entre la clase popular, contrariedad que —señala Rostworowski (p. 290)— fomentó y dio lugar a un deseo de sacudirse de la influencia inca, lo que explica la buena acogida otorgada por los naturales a las huestes de Pizarro.

Solo después, señala esa autora, con las miserias y sufrimientos que se abatieron sobre el pueblo durante la Colonia, surgió una añoranza por el pasado inca. No fue, pues, un puñado de advenedizos quienes doblegaron al Inca, sino los propios naturales descontentos, quienes creyeron encontrar una ocasión favorable para recobrar su autonomía. Los indígenas no podían conocer los deseos imperialistas de la Corona española ni podían prever los sucesos ni el arribo masivo de un mayor número de invasores. Lo cierto es que con la conquista española esta parte del mundo abandonó su histórico aislamiento y cambió para siempre su destino.

3. ÉPOCA COLONIAL

Margarita Suárez afirma que en ese periodo se desarrolló un antecedente histórico de la globalización:

La expansión imperial de Europa en los siglos XVI y XVII produjo un cambio espectacular en la geografía humana del planeta. Desde 1492 las diferentes partes del mundo establecieron contactos que modificaron, atrofiaron, ‘occidentalizaron’ o ‘globalizaron’ realidades y mentes. El colonialismo implantó una nueva etapa de la historia mundial, caracterizada por el continuo intercambio de bienes materiales y modelos políticos y, sobre todo, por la interacción cultural a gran escala. Tres tipos de procesos, en particular, tuvieron repercusiones más allá de las fronteras de las sociedades y regiones culturales: los movimientos migratorios, las campañas de expansión imperial y el comercio a larga distancia. Como resultado, la experiencia de los siglos XV-XVIII fue un ensayo de lo que podríamos llamar la «primera globalización del mundo» (Suárez, 2009, p. 229).

El caso del imperialismo español resulta particularmente interesante para analizar los procesos históricos desde una perspectiva mundial (Suárez, 2009, p. 229). El mundo hispánico jugó un rol primordial en los cambios que se produjeron en Europa, y la expansión en América conectó diversos grupos y culturas, produciendo mestizajes y nuevas formas culturales con perfiles híbridos. La aventura oceánica de España supuso varios retos de muy difícil superación; la travesía podía ser un verdadero martirio. Sin embargo, logró mantener el imperio cohesionado gracias a una pesada, corrupta y terriblemente lenta burocracia (p. 13). Inicialmente, el papel de la Corona fue dar legitimidad a las empresas privadas de conquista, al punto que estas pretendieron romper el vínculo con la monarquía.

Se debe reconocer que la organización política y económica de los incas haya fascinado al pensamiento propenso a la utopía, quienes vieron que el Tahuantinsuyo, como señala Franklin Pease: «era alternativamente un imperio sujeto a la tiranía brutal de los incas, o ‘el país de Jauja’, donde el hambre no existía y la justicia

distributiva hacía que todos los hombres tuvieran acceso a los bienes de uso» (en Suárez, 2009, p. 13).

Los cronistas, la burocracia colonial y la clase dominante de la época afirmaron —y se autoconvencieron, contribuyendo a eliminar de esa manera el trauma de la conquista— de la tiranía de los incas, así como la donación del imperio al Rey de España, admitiendo así una *traslatio imperii* que convertía a todos los que se opusieran a los españoles en culpables de rebelión, justificándose así el autoritarismo colonial (p. 13).

Aunque el periodo colonial puede dividirse de distintas maneras, desde el punto de vista económico puede señalarse la existencia de dos grandes etapas: la primera, el periodo colonial temprano que dura toda la dinastía de los Austrias; y posteriormente el periodo colonial tardío, en el que la familia de los borbones asume la monarquía española. En el primer periodo, que va de 1520 a 1739, el sistema colonial se caracterizó, dice Héctor Noejevich, «por ser una economía del pillaje que, por otra parte, era un comportamiento conocido en la historia europea y asiática: capturar los tesoros y hacer esclavos a los vencidos fue, por largo tiempo, una estrategia usual en el Viejo Mundo» (2009, p. 23). La expedición de Pizarro fue concebida como una empresa comercial, y la conquista del Perú —como todas las expediciones españolas en América— tuvo un doble objetivo: el beneficio material y la obtención de prestigio.

El sistema colonial hizo ingresar a América en la economía mundial. Al principio, dice Pease, el Perú exportó metales provenientes del saqueo y se iniciaron paulatinamente líneas comerciales alimentadas por la exportación de tributos en especie y una amplia gama de importaciones, lo que hizo que encomenderos y funcionarios tuvieran una provechosa actividad mercantil, marcada por elevados precios (p. 64). En 1545 se descubrieron las minas de plata de Potosí y desde entonces hasta nuestros días, aunque de distintos yacimientos, el Perú ha sido un exportador constante de plata. En 1563 se descubrieron las importantes minas de azogue en Huancavelica, lo que influyó grandemente en la producción de argento²⁵. La invasión española, que desapareció al Tahuantinsuyo, originó una grave crisis demográfica, pues disminuyó, principalmente por epidemias importadas como la peste y el sarampión, la población de nueve millones de habitantes en 1530 a seiscientos mil en 1620. La población comenzaría a recuperarse recién en el siglo XVIII.

²⁵ Los metales extraídos del espacio andino conformado por los actuales Perú, Bolivia y Chile sirvieron para satisfacer buena parte de las necesidades mundiales de materia prima para acuñación de monedas y otros usos. En los siglos XVI y XVII, la producción representó alrededor del 60% del total mundial de plata y 20% del total mundial de oro. En el siglo XVIII, su importancia disminuyó, pasando al 32% del total de plata y el 11% del total de oro (Newland, 2002, p. 67).

El periodo inmediatamente posterior a la conquista puede dividirse en tres etapas iniciales, que van de 1532 a 1581. La primera —donde la noción de Estado es inexistente— se caracteriza por enfrentamientos entre los conquistadores con la Corona, predominantemente debidos a las disputas por las riquezas. En este periodo se produjo la rebelión de Manco Inca en 1536, la ejecución de Diego de Almagro en 1538, el asesinato de Francisco Pizarro en 1541 y la ejecución del primer virrey del Perú, Blasco Núñez de Vela, en 1544. La segunda etapa, que va de 1549 a 1569, busca consolidar el poder de la Corona, pero ello no ocurre hasta el arribo del virrey Francisco de Toledo en 1569, con el que se consolida el llamado Estado colonial. Después de este primer periodo, de repartos iniciales, el objetivo de los conquistadores era asentarse en las nuevas tierras y adquirir el prestigio que no tenían. Para ello, la encomienda fue la institución utilizada por excelencia, tanto para el beneficio material como para el posicionamiento político y social, pues otorgaba rentas y daba prestigio y poder.

Dice Emilio Romero que la colonización de los territorios solo tuvo éxito cuando pudo asentarse sobre la adaptación de los conquistadores al nuevo espacio geográfico y la aclimatación de los animales domesticados de Europa (Romero, 2006, p. 103 ss.). La colonización significó el choque y el ensamble de dos formas económicas diversas: la primitiva peruana y la española. De una parte, el espíritu español, individualista, ambicioso de riqueza y de poder; por otra, el indígena, comunero, arraigado al suelo y sencillo. Dice Romero que estas dos formas ocupan todo el periodo colonial en capas superpuestas. La fundación de ciudades de tipo europeo constituye un primer factor —desconocido anteriormente— de influencia decisiva en la sociedad peruana y en la economía de carácter rural, apartando al indio del campo y favoreciendo el mestizaje. El gran número de nuevas especies vegetales importadas y la introducción del arado transformaron la faz económica del continente, con resultados positivos y negativos. Dentro de estos últimos, la casi extinción de la ganadería nacional formada por llamas, alpacas y vicuñas. Por otro lado, el Perú recibió un inmenso beneficio con la introducción del ganado europeo, que comprendía carneros, vacas, cabras y cerdos, así como con las aves de corral. En el horizonte agrícola, la introducción del trigo fue también de gran impacto, tal como ocurrió con la caña de azúcar, que supuso un enriquecimiento productivo durante la colonia, cobrando gran importancia en algunos valles costeros. Algo similar ocurrió con la vid y el café. De la parte peruana es evidente la inmensa importancia de los cultivos indígenas como la papa, la quinua y el maíz, que han servido de alimento a medio mundo.

En este periodo se produce un tremendo colapso demográfico que afecta la economía encomendera, pues la totalidad de la región andina, que tenía una población aproximada de catorce millones de habitantes —lo que corresponde al Perú actual sumaba unos nueve millones—, llega por razones entre las que se encuentran las

enfermedades y el maltrato, a reducirse a un millón de habitantes. Pues bien, el despojo de los bienes de los indios y la conversión de tierras colectivas y ancestrales en propiedad privada de los españoles trajeron como consecuencia un cambio económico de gran magnitud. Si bien el mundo andino mantuvo en su interior sus patrones colectivos de acumulación, siguiendo las reglas de reciprocidad y redistribución, tuvo que acomodarse a la circulación mercantil impuesta en su relación con el mundo exterior. Esto coexistió con una dualidad de las autoridades coloniales, conformada por la autoridad civil o corregidor, el cura o representante eclesiástico y el jefe étnico o autoridad indígena. Este núcleo es la pieza esencial del llamado Estado colonial.

En verdad, a España le tocó no solo mantener sino ampliar la estructura política construida por los incas y ampliarla a sus extremos geográficos, más allá de los Andes. Fundó así capitanías generales, audiencias y virreinos en regiones extrandinas. Dice Romero que «recogieron, en cierto modo, las banderas del Tawantinsuyu y la figura política construida por los Incas perduró, para desenvolverse siglos más tarde en el conjunto de las grandes naciones sudamericanas de hoy» (p. 234).

Las actividades supremas del hombre, generatrices, escondidas de la historia, son las de comer y amar. Los españoles, al llegar al país de los Incas, comieron de su variada comida y holgaron con las mujeres del Tawantinsuyu. Ambos actos tan simples y tan humanos iniciaron la transformación social y económica de la civilización andina.

Por la conquista del país se transformó la organización social, la propiedad privada de tipo romano, inviolable, hereditaria y egoísta, reemplazó al derecho del trabajo, de uso altruista y colectivista. Primero se observa una rápida concentración de la propiedad en pocas manos españolas en siglos XVI y XVII. Al comenzar el siglo XVIII se advierte en el virreinato que la propiedad está pasando de manos españolas a manos criollas, cholos y aún indias, por medio de enfiteusis, anticresis, hipotecas y otros medios jurídicos. En una palabra, el cholo trabajaba y el criollo astuto iba recuperando la tierra. Cuando el siglo XIX se inicia, puede observarse en el panorama del virreinato que la gran concentración de la propiedad ha amenguado mucho. Solamente los grandes latifundios de las manos muertas, de las iglesias y conventos, pesan sobre el país. En cambio, la tierra civil se fue fraccionando, y el criollo, el cholo y hasta el indio cacique experimentan un ascenso económico. Esto es indudable, si se recuerda que Túpac Amaru, Pumacahua, Choquewanca y otros caciques tenían el poder político y económico en sus regiones, mientras los burócratas españoles se quejaban del escaso suelo, que apenas alcanzaba para vivir. En cambio, al advenir la República, contemplamos cómo hay un fenómeno de concentración de propiedad y de despojo en masa de indios de sus tierras, precisamente a la sombra de los decretos de Bolívar sobre tierras, mal interpretados y peor aplicados.

Historia económica del Perú
Emilio Romero

Desde el punto de vista económico, el Estado colonial tuvo como propósito involucrar a la población indígena en los mercados que la colonización iba formando, mediante tributos y diversas formas de enrolamiento laboral forzado, especialmente en función de la producción minera para la exportación. Fue un momento en que el Estado tomó la iniciativa para el desarrollo del mercado, aunque debido a ello creó un sistema de licencias, concesión de monopolios, permisos reales y privilegios que terminaron pervirtiendo el desarrollo mercantil (Contreras & Glave, 2002, p. 16).

Se produjo una radical transformación del predominante régimen agrario, pues las tierras pasaron a formar parte del patrimonio de la Corona española, de la cual debían de emanar los títulos de propiedad de los particulares (Ugarte, 1977, p. 22). Ello dio lugar a las encomiendas y corregimientos, a la formación de grandes propiedades territoriales que, en la práctica, significaron la explotación de los indígenas y la creación de un régimen feudal en el que los propietarios de las tierras eran dueños de vidas y haciendas²⁶. Como sostienen Tord y Lazo, la ordenación social por estamento y casta existió como una forma concreta de manifestación social e ideológica, que la clase señorial impuso para efectivizar su dominación en una sociedad precapitalista feudal (Tord & Lazo, 1980, p. 392).

La encomienda era una concesión de tierras u otros bienes que se daba en protección, en virtud de lo cual los encomenderos la entregaban a los indios a cambio de tributos. En otras palabras, un sistema feudal.

Cabe advertir que si bien por Real Cédula del 2 de agosto de 1530 el emperador Carlos V abolió la esclavitud de los indios —pues se señalaba que eran libres y prohibía hacer esclavos en las guerras que emprendían los conquistadores—, posteriormente el mismo emperador, en marzo de 1533, autorizó a Pizarro a capturar indios rebeldes y reducirlos a la esclavitud, esgrimiendo como razón que no existían con ellos otros medios para ponerlos en obediencia o poderlos cristianizar. Las Leyes Nuevas de 1542 también favorecieron a los naturales, ordenando que no se pudiera hacer esclavo indio alguno. Del Busto afirma que hasta 1577 hubo esclavos indios que compartían con africanos el trabajo de las minas, pero que después no sufrieron los indios esclavitud en tierra peruana. Sin embargo, lo que sí existió fue el «servicio personal», esto es, el trabajo forzoso de los indios a favor de los encomenderos, y en esto hubo abuso, exceso de trabajo y crueldad, suscitándose una situación que mucho

²⁶ Como señala Ugarte (1977): «En resumen, el régimen agrario colonial determinó la sustitución de gran parte de las comunidades agrarias indígenas por latifundios de propiedad individual, cultivados por los indios bajo una organización feudal. Estos grandes feudos, lejos de dividirse con el transcurso del tiempo, se concentraron y consolidaron en pocas manos a causa de que la propiedad inmueble estaba sujeta a innumerables trabas y gravámenes perpetuos que la inmovilizaron, tales como los mayorazgos, las capellanías, las fundaciones, los patronatos y demás vinculaciones de la propiedad» (pp. 61-63).

recordaba a la de los africanos esclavos. En la práctica, los encomenderos exigían a los curacas y estos exigían a los indios, que en muchas actividades reemplazaron a la rueda y a los animales de tiro y carga, y realizaron también la labor de auxiliares de guerra; en tiempos de paz el indio sirvió como criado, labrador, albañil, tejedor, platero y minero. La Real Cédula de febrero de 1549 mandó que no se den servicios personales, pero resultó inaplicable, hasta que en 1572 se ordenó abolirlo en forma definitiva, pero desgraciadamente continuaron las extralimitaciones en secreto.

El yanaconaje fue otra forma de explotación, y así la población indígena vivió afectada a una hacienda que terminó en poder de un español y que recibió a los yanaconas como parte inherente al bien adquirido, pues ninguno podía salir de esas tierras. En repetidas ocasiones (en 1539, 1550, 1551 y 1566) la Corona Española declaró a todos los yanaconas hombres libres, pero la costumbre estaba muy arraigada y terminó siendo reconocida como una manera de servidumbre. El yanaconaje fue, pues, una modalidad de servidumbre que pasó a las centurias siguientes (Busto Duthurburu, 1978, p. 504 ss.).

Este absolutismo político se reflejó en las prácticas jurídicas, que al mismo tiempo que consagraban la arbitrariedad de los monarcas y de sus representantes locales, eran de una minuciosidad que invitaba a la típica actitud frente al derecho que, según autores como García Hamilton, nos ha marcado hasta nuestros días: sumisión frente a las formas jurídicas, pero violación sustantiva de la ley valiéndose de simulaciones o aprovechándose de sus intersticios. El antiguo aforismo español 'la ley se acata pero no se cumple' tuvo amplia vigencia en esta parte de América, sobre todo en lo que se refería al buen trato de los indios, prescripto por Reales Cédulas, y al contrabando. El contraste entre esa actitud eminentemente ajurídica y la actitud de los puritanos que colonizaron el norte de América, que combinaban un sentido escrupuloso respeto al espíritu de la ley junto a una concepción democrática sobre el origen de esta en las costumbres populares, es más que marcado.

Fundamentos de derecho constitucional
Carlos Santiago Nino

Si bien se produjo un beneficioso intercambio de productos entre Europa y América, la agricultura colonial fue sin duda inferior a la prehispánica, pues los españoles y criollos destruyeron o abandonaron las admirables obras de irrigación y de cultivo de los antiguos peruanos, a lo que se sumó su falta de actitud y de afición por dichas labores, que consideraban ocupación de esclavos y villanos. El ideal que el espíritu rentista desarrollaba se ajustaba a plenitud con el providencialismo económico que difundía la idea de que los recursos naturales eran dones divinos dispuestos para

que el hombre los tomase y los usase. Así, se incentivaba la erección de centros de trabajo principalmente destinados a la explotación extractiva y en muy pequeña escala para la producción transformativa. En consecuencia, la economía de renta conducía siempre a una búsqueda de lo más rendidor de la tierra y de los servicios, para asegurar con alguno de ellos un fructífero resultado con un mínimo de trabajo y gastos (Tord & Lazo, 1980, pp. 431-432). En relativamente poco tiempo los campos quedaron desiertos e incultos, debido a que la población aborigen fue diezmada por enfermedades y sufrimientos sin cuento (Parodi, 2000, pp. 61-63).

Por otro lado, la intervención del gobierno colonial en la vida económica estuvo marcada por la inoperancia y los prejuicios, y la explotación minera adoleció de grave atraso técnico, consecuencia de la falta de instrucción y del tipo de enseñanza —libresca y poco práctica—, formación que en buena medida ha llegado hasta nosotros.

Miriam Salas destaca las características del régimen de las encomiendas:

Las familias encomenderas crearon su riqueza sobre la base de la explotación de los recursos naturales, la sobreexplotación de los trabajadores indígenas y la inicial introducción de innovaciones tecnológicas. Pasado el primer momento, una jerarquizada mentalidad feudal llevó a los encomenderos a no invertir más en sus empresas y a dejar que todo el proceso productivo recayera en sus trabajadores indígenas, de quienes no cuidaron su vida ni su reproducción y desconocieron sus salarios y su derecho al descanso. Además, los encomenderos, restringidos en el ejercicio monopólico del poder desde el Cabildo y en su libertad de empresa por el ataque emprendido desde la llegada de Toledo contra sus privilegios ilimitados, pretendieron burlar la nueva normativa en el ámbito laboral, se entregaron al boato ciudadano, a sufragar las costosas dotes matrimoniales y religiosas de su extensa prole y a la construcción de innumerables obras pías destinadas a la república de españoles; de esta manera dilapidaron sus fortunas (Salas, 2009, p. 491).

Sin perjuicio de ello, durante el periodo colonial el sector minero dominó la economía, debido a su capacidad para generar extensos y profundos eslabonamientos con regiones diversas y con otros sectores productivos, como se demuestra en los estudios de Assadourian (1982) sobre la minería andina temprana. Para España fue vital garantizar la producción de plata en las colonias, así como el comercio trasatlántico, por lo que instauró un sistema de flotas y galeones que se dividía en dos itinerarios: el de la costa pacífica sudamericana —cuyo centro más importante era el puerto del Callao— hacia Panamá, donde se hacía un trasbordo a la flota en el Atlántico, que navegaba usualmente hacia el puerto de Cádiz. Era indispensable coordinar la flota del sur con la del norte, cuyos productos debían encontrarse en tierra firme en un determinado momento.

El tráfico comercial estuvo reservado a los súbditos de la monarquía española y centralizado en los puertos de Cádiz y Sevilla. Según Ugarte (1977, p. 35) y García Calderón (1879, p. 455)²⁷, la política comercial de España tuvo consecuencias muy poco beneficiosas.

Para una comprensión cabal de lo ocurrido durante el inicio de la República, en el siglo XIX, es preciso recordar ciertas instituciones, ideas y prácticas coloniales como la Iglesia Católica, las haciendas, las comunidades de indios y los gremios de artesanos, que en mayor o menor medida han sobrevivido hasta el mismo siglo XX (Contreras & Cueto, 2004, pp. 36-37). Macera destaca la ideología de la Iglesia Católica sobre el trabajo:

El trabajo debía conservar pero no transformar las jerarquías sociales. Nosotros no podemos comprender estas reservas y estas timideces como una falla de razonamiento ni tampoco como una desviación del ascetismo cristiano que prohibía en afán de lucro. El ideario económico de la Iglesia reflejaba en este aspecto sus compromisos temporales y su unión estrechísima con las clases privilegiadas a las que pertenecían sus prelados y gran parte del clero; y se inscribía en los cuadros más amplios de una sociedad relativamente inmóvil —o que aspiraba a la inmovilidad vertical de sus grupos sociales—. Favorecía, por tanto a todos aquellos hombres para quienes una transformación cualquiera hubiera significado en la práctica una liquidación de sus privilegios (Macera, 2014, p. 243).

La Iglesia concentraba una cantidad importante de tierras, capitales y hombres ilustrados que la convertían en la más poderosa de todas las instituciones. Los liberales del siglo XIX criticaron la división de la sociedad peruana en «cuerpos» sociales, porque consideraban que era una barrera para la integración de la población, y que hacían que un habitante, antes que como peruano, se identificara como un comerciante, un minero, un indígena, un sastre, o un miembro de la Iglesia, los que tendían a defender los derechos de su «cuerpo», a costa de los demás. Las haciendas, extensos predios agrícolas y ganaderos que podían llegar a sumar miles de hectáreas, en muchos casos con límites imprecisos, funcionaban como un mundo propio, con capilla, hospital, cementerio y talleres. Las comunidades de indios, también latifundios, funcionaban también como un mundo propio y aparte. En las prácticas coloniales, el que cada «cuerpo» tuviera sus propios ingresos fiscales atentaba contra la centralización y el poder del Estado.

²⁷ Francisco García Calderón señala que «en la época de la dominación española, no puede decirse en rigor que había comercio en el Perú» y que, por ello, se sufrió un atraso considerable.

Tord destaca que la relación señor/siervo de la vida medieval europea se desarrolló con características propias en el periodo colonial, con el desprecio del siervo y un máximo aprovechamiento de su trabajo:

Todo se ordenaba para que los principales conquistadores y primeros colonos actuaran en América como sus «nuevos señores» y en nombre de una fe religiosa. Eran vasallos de un poderoso Rey y estaban listos a cumplir sus roles. Algunos tenían educación superior, otros eran analfabetos, pero todos compartían la ambición de obtener fortuna y sobre todo de adquirir una situación social que les permitiera ejercitar el señorío, un status que en Europa no podían alcanzar. No obstante había una gran diferencia. Los siervos de estos señores eran seres de otra raza, hablaban otro idioma y estaban organizados de otras formas. Ingresar a señorearlos equivalía a cambiarles la vida, desestructurar su economía, rechazar a sus dioses, creencias y costumbres. Mantener el señorío equivaldría a sostener una relación social de violencia. En América los señoríos consolidaron el desprecio del siervo y un máximo aprovechamiento de su trabajo. El señor europeo en América no tenía muchas barreras que vencer. Formalmente era fiel al monarca, pero en lo cotidiano era «dueño y señor» (Tord, 2007, p. 15).

Cabe advertir que la presión fiscal española fracasó en el Perú y que la mayor parte de los gastos públicos fue retenida en América. Los mercaderes limeños encontraron canales mediante los cuales lograron conectarse con comerciantes extranjeros, rompiendo el monopolio comercial. Los mercaderes de Lima se fortalecieron y consolidaron en el siglo XVII, logrando amasar grandes fortunas, lo que dio lugar inclusive a la aparición de bancos públicos en la primera mitad de dicho siglo. La Administración del Estado fue también un gran negocio de los magnates limeños, que se aprovecharon de los problemas financieros del Estado, la mala administración y la corrupción de los funcionarios estatales. En resumen, el control limeño sobre el mercado interno se mantuvo a través de consorcios mercantiles y financieros que acapararon gran parte del comercio internacional, y el comercio de ultramar fue siempre una de las vías más rápidas de enriquecimiento en el periodo colonial (Suárez, 2009, p. 261).

Fueron características principales de la actividad comercial colonial la desigualdad entre las personas, el intervencionismo directo y constante del Estado, la explotación de riquezas sin espíritu de previsión y su carácter mayoritariamente ilegal, pues se desarrolló en gran parte al margen de las leyes y las reglas dictadas por el gobierno de la Metrópoli. Todas estas causas influirán, sobre todo, en la desigualdad en la emancipación política posterior²⁸.

²⁸ Ugarte (1977) es muy severo en su enjuiciamiento de la conducta de los conquistadores y los aspectos económicos de la conquista española: «El concepto de la conquista y de la colonización que tenía la

Glave caracteriza al régimen económico del Perú colonial como mercantil:

La historia agraria de los Andes, desde el establecimiento colonial, es la historia de la expropiación de los recursos naturales de los indios y de la formación de una nueva forma de posesión, propiedad y explotación de la tierra y de los recursos naturales en manos de los colonizadores. Para ello, la población aborígen debió ser sometida a una subordinación colonial y al dominio de una nueva forma de economía de tipo mercantil. Los intereses del Estado colonial de tipo despótico y de los agentes económicos privados, señoriales y mercantiles, sin dejar de tener contradicciones, sometieron a los indios y sustentaron su prosperidad y riqueza en su trabajo y recursos. Los naturales andinos enfrentaron como pudieron esa embestida, encabezados por sus jefes étnicos, por medio de un juego complejo de aceptación y resistencia (Glave, 2009, p. 313).

La idea prevaleciente era que la sociedad no estaba compuesta por hombres iguales, sino por hombres agrupados de acuerdo a sus diferencias. El ejemplo más saltante era el de la numerosa población indígena, considerados como menores de edad, protegidos por una legislación especial, que, por ejemplo, les prohibía vender sus tierras o entrar en tratos y contratos con españoles y mestizos sin autorización de la Real Audiencia. Las instituciones y «cuerpos» antes mencionados no solo tenían sus propias rentas, sino también en ocasiones sus negocios productivos, funcionando bajo el régimen de monopolio. Este régimen era comprensible, desde luego, si la meta de una sociedad no era el progreso económico, sino la preservación de las instituciones corporativas, en medio de las cuales transcurría la vida de los hombres y de las cuales dependía su bienestar (Contreras & Cueto, 2004, p. 38). Todo ello marcó en forma importante la conducta de los hombres y el débil perfil institucional en las primeras décadas de la República.

Los últimos años del siglo XVII y los primeros del siglo XVIII marcaron la consolidación y el triunfo del sistema colonial, cuando se produjo un acomodo al interior de las haciendas, estancias y obrajes. La élite económica recapturó el poder político de los cabildos, corregimientos y otras instancias. Los niveles de producción, a excepción de los mineros, crecieron sobre la base de una creciente tecnificación, estabilidad y especialización de mano de obra. Sin embargo, ese crecimiento económico no produjo un cambio en la estratificada estructura mental y social, lo que afectó a la larga la expansión del mercado (Salas, 2009, p. 525).

En España, el siglo XVIII estuvo signado por el advenimiento de los Borbones, dinastía que intentó dar un giro importante en las relaciones de poder entre el Estado

Corona española no difería mucho del que tenían los conquistadores privadamente: era un concepto materialista y mercantilista. Era el destino de las colonias beneficiar a la metrópoli, enriquecerla, engrandecerla y levantarla a la cumbre de la prosperidad» (p. 20).

español y los grupos de poder locales. Durante la época de los Habsburgo, la relación entre la metrópoli y sus colonias se había construido sobre la base de una política de consenso, la cual permitió que se consolidaran importantes grupos de poder que ocuparon puestos en la Administración colonial. En cambio, los borbones pretendieron llevar adelante un proceso de centralización del poder y un mayor control de sus colonias mediante la aplicación de una serie de medidas económicas, políticas, administrativas y territoriales, cuyo fin era la consolidación del poder real en América. En lo económico, se vivió un proceso de expansión mercantil, aunque se mantuvieron ciertas prácticas típicas del mercantilismo que habían existido en los siglos anteriores. Estas prácticas incluían una presencia importante del Estado en las relaciones económicas de una economía fundada en la explotación de los recursos de la tierra —en especial, la minería— y el mantenimiento de las costumbres señoriales (Mazzeo, 2010, p. 223).

El proceso de modernización buscó hacer más fluidas las relaciones comerciales entre la Metrópoli y las colonias, introdujo el sistema de intendencias para controlar la aplicación de las leyes de Indias, se buscó regular el sistema fiscal y la reducción de los medios económicos de la Iglesia, aunque la monarquía mantuvo prácticas patrimoniales y corporativas.

El cambio de la dinastía gobernante en el imperio español, que dio ingreso a la familia de los Borbones, procuró adelantos económicos en la producción y el comercio e implantó nuevas formas de organización, con un mayor celo en el nombramiento de las autoridades y el cuidado de su preparación y moralidad. En general, la economía peruana mejoró en el periodo 1700-1821, se duplicó la población producto del crecimiento interno, mejorando las condiciones materiales de vida. De otro lado, la recaudación fiscal aumentó significativamente, aunque decayó en la parte final a causa de la creación del virreinato de Río de la Plata en 1776, lo que significó además la pérdida del llamado Alto Perú. Sin embargo, los comerciantes de Lima y sus flotas navieras siguieron dominando las redes del comercio en el Pacífico sudamericano y solo la guerra de la independencia pondría fin a esa élite económica.

Si bien el comercio con la Metrópoli se llevaba a cabo a través del sistema de flotas y galeones, el comercio intercolonial dejó también importantes ganancias a los criollos y a los extranjeros que conectaban distintas regiones y que era un mercado exclusivo para los radicados en América. El Callao fue el principal puerto del Pacífico y Lima el centro distribuidor del intercambio de importaciones y exportaciones hacia el norte y el sur. Los comerciantes tuvieron un papel protagónico, conformando una élite sustentada no solo en su capacidad económica sino también en su posición social y sus relaciones de clientelaje con sus pares españoles instalados en Cádiz.

Es preciso aquí referirnos a lo que aconteció, desde el punto de vista económico, durante la segunda mitad del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, en las décadas previas a la independencia, siguiendo, muy sintéticamente, a lo estudiado por John Fisher en el capítulo «Economía, democracia y Real Hacienda» de su libro *El Perú borbónico 1750-1824* (cfr. Fisher, 2000, pp. 100-142). Tal como lo había sido desde doscientos años antes, para la Europa del siglo XVIII América continuó siendo fuente de metales preciosos, esenciales para el funcionamiento del capitalismo moderno y el financiamiento del comercio. El oro y la plata constituían un porcentaje superior al 50% de las exportaciones llevadas a España. El impacto de otros productos americanos para la cultura y dieta europea como el tabaco, la papa, el tomate, el chocolate y el maíz, desconocidos antes de 1492, fue también importante. Durante el siglo XVIII se incrementó la producción y distribución de algodón, añil, cochinilla y cueros de vaca, sea a través del comercio legal como del contrabando, dado el requerimiento industrial textil en Inglaterra, Francia, Alemania, los Países Bajos y España (Cataluña). De otro lado, el mercado americano de bienes europeos era limitado, dado que la población consumidora era pequeña, aunque para España y Portugal siguió siendo un mercado de productos agrícolas y vitícolas excedentes. El único sector económico que no fue prioritario —nos dice Fisher— fue el industrial, pues España, así como otras potencias coloniales, tenía como ideal hacer que sus posesiones de ultramar pasaran a ser fuentes de productos primarios y mercados cerrados para los productos que exportaba.

Durante el periodo borbónico, Hispanoamérica tuvo un crecimiento poblacional y económico importante, lo que dio lugar a un aumento en la recaudación fiscal. En la parte final del siglo XVIII, el virreinato del Perú tenía una población de un millón de habitantes aproximadamente, de los cuales más de la mitad fueron calificados como indios (58%) y el resto eran mestizos (22%), españoles (13%) y negros (7%). Sin embargo, esta clasificación era en una buena medida arbitraria, pues se vinculaba a obligaciones fiscales. El tributo y la mita fueron herramientas utilizadas política y económicamente, pues estaba muy extendida entre la burocracia virreinal y la élite criolla la idea de que los indios no serían económicamente activos si no se les obligaba a ello, idea que tuvo vigencia también en la primera época de la República.

La minería fue la actividad económica de mayor impulso durante el siglo XVIII, habiéndose iniciado la explotación de otros minerales como el cobre y la minería no metálica. Se produjo una recuperación minera por la reducción de los impuestos y el aumento relativo del número de trabajadores. La minería fue además una fuerza urbanizadora, porque sus campamentos llegaron a convertirse en ciudades pobladas y tener conexión con el mercado local.

La liberalización comercial iniciada en 1765, contra lo que se ha afirmado, no trajo la ruina al virreinato del Perú, aunque el comercio directo de España con Río de la Plata, Arica, Concepción, Valparaíso y Guayaquil redujo en un tercio el movimiento comercial por el Callao. Sin embargo, la minería, y la plata en especial, mantuvieron las cifras en positivo, la hegemonía comercial peruana en América del Sur sobrevivió después de 1796, y el Perú siguió siendo un mercado favorable para las exportaciones españolas hasta 1820. Lo que sucedió, más bien, fue que los intereses criollos fueron parcialmente desplazados por inmigrantes españoles que se afincaron en el Perú, y los grandes obrajes textiles decayeron por la competencia de las importaciones y de las pequeñas empresas, aunque no debe dejarse de lado la influencia de factores internos que contribuyeron a ello, como la rebelión de Túpac Amaru.

Walker destaca que las reformas borbónicas socavaron un «pacto colonial», reemplazando a las autoridades indígenas por europeos e incrementado los tributos y demandas de mano de obra sobre la población y restringiendo su autonomía cultural y política, lo que generó el descontento previo al levantamiento de Túpac Amaru en 1780:

En términos más amplios en 1780 las autoridades coloniales continuaron intensificando las reformas borbónicas, una serie de medidas que incrementaron los impuestos y las demandas de mano de obra sobre las poblaciones indígenas, al mismo tiempo que reducían su autonomía. Los reformadores españoles buscaban restringir el pacto creado en el siglo XVI que garantizaba a los indios ciertos derechos, entre los que se incluían un alto grado de autonomía cultural y política, y el control de la tierra comunal a cambio de subordinación y una lista de impuestos, y debatieron acerca de cómo (o si) asimilar a la población nativa y convertir a los indios, una categoría que independenciamos política y cultural, en sujetos españoles. En la práctica, esto significaba que los indios a lo largo del sur de los Andes enfrentarían altos y nuevos impuestos, el renacimiento de viejas y despreciadas prácticas tales como la mita de Potosí y un ataque a sus autoridades étnicas, los kurakas (Walker, 2015, p. 22).

Cabe señalar que, en este periodo final del siglo XVIII, el centro minero de Cerro de Pasco era ya más importante que el de Potosí, y que, al igual que antes, la clave del progreso económico y comercial peruano después de 1750 seguía encontrándose en el rendimiento de la minería. Esta situación se prolongará con la independencia y perdurará hasta el boom guanero de la década del 1840 (Walker, 2015, p. 127).

La producción industrial no fue fomentada, pero pudo abastecer el mercado interno y alcanzó para exportar a otras ciudades del virreinato. La agricultura, la ganadería local y el comercio se fueron consolidando al mismo tiempo que se producía una crisis en el sistema de encomiendas, pero siguieron existiendo restricciones

que fueron superadas de diversas formas. Hay que recordar que el empresario colonial fue más rentista que un agente económico dotado de espíritu industrial moderno. Si bien las Cortes de Cádiz decretaron la libertad para ejercer actividades agropecuarias, comerciales, industriales, hay que recordar que la Constitución de 1812 no tuvo larga vigencia, y que los empresarios coloniales confiaban más en la protección del Estado que en la libertad de mercado, dedicándose mayormente a la adquisición de esclavos, el yanaconaje de los trabajadores indígenas.

Puede afirmarse que las reformas borbónicas «significaron una segunda conquista de América, en la medida en que la nueva dinastía pretendió retomar el control económico, político y social de las mismas. En este sentido, podríamos aceptar que las reformas cumplieron su cometido, dado el mayor control y presencia de la autoridad real en América» (Mazzeo, 2010, p. 265). Sin embargo, en el periodo 1814-1821 el comercio libre se extendió como consecuencia de los conflictos bélicos que tuvo que enfrentar España en Europa y debido a las guerras de independencia. En 1818 la Corona española, agravada por sus necesidades financieras, aprobó la introducción de todo buque con pabellón inglés a las colonias americanas, dejando formalmente de lado el monopolio y el proteccionismo, y terminó cediendo a las presiones de la época. Cabe advertir, sin embargo, que el Consulado de Comercio de Lima trató de reducir la intromisión extranjera, pues los comerciantes buscaron obtener beneficios por otros medios.

En síntesis, la relación e interdependencia de los diversos componentes, estamentos o grupos sociales al interior del espacio colonial si bien dio lugar a la conformación de intercambios que tuvieron como resultado un lento proceso de mestizaje y aculturamiento, no bastó para la creación de mecanismos que facilitarían la instauración de una economía pujante y de desarrollo sostenido. El concepto de libertad de industria y comercio estuvo también ausente y solo tendría recepción muy poco antes de la emancipación política.

4. ÉPOCA REPUBLICANA

4.1. La Independencia y el siglo XIX

4.1.1. Síntesis

Como sabemos, el proceso de separación de España culminó con la Capitulación de Ayacucho el 9 de diciembre de 1824. La independencia fue concebida fundamentalmente como una ruptura de los vínculos políticos, pero tuvo también considerables efectos económicos, sin variar al inicio la situación socioeconómica de la población indígena. Los decretos dictados por Simón Bolívar y destinados a facultar al «indio»

a disponer libremente sobre las tierras de las comunidades —nacidas de las «reducciones» establecidas en el siglo XVI— resultaron nefastos, al propiciar la formación de haciendas y latifundios (Kauffmann, 2002, VI, p. 1008).

Al momento de la independencia, el Estado se replegó en lo que a actividad económica se refiere, tanto por su propia debilidad como por la adopción por las élites criollas de las modas ideológicas liberales que estuvieron en vigencia durante buena parte del siglo XIX. Entretanto, para las comunidades indígenas nada cambió, porque la feudalidad económica prevaleció.

Como se sabe, el Perú tuvo una independencia controvertida y difícil, pero una vez consolidada trató de hacer realidad la promesa de prosperidad e igualdad que contenía, siguiendo un modelo de política comercial pragmática y tibiamente proteccionista. A partir de la década de 1840 cambió a una economía más abierta, lo que permitió la llegada de alguna inversión capitalista. Con la derrota del Perú en la guerra con Chile (1879-1883) el modelo volvió a cambiar, y retornó a un tono proteccionista en materia de comercio exterior, sentando las bases para que el auge exportador lograra transmitir un impulso modernizador a toda la economía nacional.

Señala Carlos Contreras que tras la guerra con Chile resurgiría el modelo de desarrollo capitalista sobre la base de una industria propia. Los peruanos exportábamos materias primas e importábamos bienes manufacturados a cambio. A medida que la civilización europea penetraba en la sociedad peruana, aumentaba la demanda de importaciones, dando lugar a un consumo más sofisticado. Esto aumentaría la oferta de trabajadores para el sector primario exportador, que podía así multiplicar sus ventas y sufragar el aumento de las importaciones. Señala ese autor que una economía de minas y plantaciones no producía ciudadanos idóneos para hacer del orden democrático una realidad y una práctica cotidiana. En el primer siglo de la independencia, la tarea fue preparar los factores económicos y sociales juzgados como necesarios para el desarrollo del capitalismo y la vida republicana, pero dada la herencia colonial, en la cual dos terceras partes de la población eran campesinos más o menos autosuficientes, esa tarea fue de gran dificultad. Instaurar una economía de extracción de recursos naturales era ya un desafío importante, pero ver brotar una economía de industria manufacturera casi una quimera (Contreras, 2004, p. 14 ss.).

Considera Contreras que no cabe hablar de fracaso ni tampoco de culpables (oligarquía, imperialismo, el Estado), pues hubo que superar grandes dificultades en los intentos de modernización. Los hombres aspiraron a la autarquía y a la seguridad que brindaba el aislamiento, preparados para el consumo austero y la guerra con el vecino. Ni la configuración y ubicación del territorio, ni los valores cultivados, resultaron de ayuda para la transición a una civilización radicada en el consumo suntuario y el intercambio comercial. Pese a ello se obtuvieron algunos logros importantes, pero

el extendido subempleo y la persecución que sufre el Estado por vivienda, educación y salud, llevan a pensar que el aprendizaje del capitalismo sigue siendo una asignatura difícil. Se copió el consumo con mayor rapidez que la organización económica y administrativa que hacen posible la producción necesaria para satisfacerlo (pp. 16-17).

Carlos Contreras señala tres fases en el desarrollo del mercado en el Perú durante el siglo XIX e inicios del XX: 1. El periodo que va desde la independencia hasta los inicios de 1850, caracterizado por un mercado interno prácticamente nulo, una débil vinculación con el exterior y las exportaciones concentradas básicamente en la plata, así como una frágil infraestructura jurídica y económica. En otras palabras, la economía peruana careció de un mercado interno en el sentido capitalista de la palabra; 2. El periodo que va de la década de 1850 hasta 1870, en el cual aparecen cambios normativos que marcan el inicio de un acondicionamiento del país al desarrollo del mercado. Se promulgaron los primeros códigos, se abolió el tributo indígena, creció el empleo público y se mejoraron algunos caminos. Este impulso se vio restringido por el auge guanero, que desvió las inversiones hacia fines no siempre productivos. La libertad económica fue en muchos sentidos coactada y el desarrollo del mercado fue más formal que el real; 3. El periodo que va desde 1870 hasta la Primera Guerra Mundial, durante el cual se operó un cambio en el acondicionamiento del territorio mediante ferrocarriles, redes telegráficas y puertos. Se fomentó la inversión en sectores productivos (minería, agricultura y comercio) y, en la década de 1890, se operó una activa reinserción en la economía mundial, especialmente con el azúcar. Sin embargo, el impulso económico que descansaba en el sector exportador puso límites al desarrollo del mercado interno al tener que coexistir con una economía de autoconsumo (Contreras, 2004, pp. 110-113).

4.1.2. Las primeras décadas

La economía del Perú emergió debilitada por la guerra de la independencia, proceso que había durado veinte años, y el dominio del tráfico comercial en el Pacífico sudamericano por los comerciantes limeños no volvió a reeditarse. En los primeros años de la República, el mercado interno se redujo y fragmentó. «Durante el periodo transcurrido entre 1830 y 1850 la violencia sofocó el crecimiento económico tanto como antes lo habían hecho las restricciones y los tributos españoles. Estos conflictos —dicen Cardoso y Helwege para la región latinoamericana— establecieron la tradición de apoderarse del gobierno por la fuerza: en ninguna parte se estableció una democracia» (2000, p. 64).

El siglo XIX en el Perú, como en otros países latinoamericanos, fue un periodo en el cual se produjo la lenta afirmación del nuevo Estado independiente. Comenzó con el proceso de ruptura con la metrópoli española y terminó con la revolución pierolista,

que dio paso a un proceso de modernización destinado a encajar en el molde de la civilización europea. La primera empresa en ese siglo fue tratar de conseguir la estabilización del país, tras algunas décadas de anarquía y guerras civiles. Entre 1820 y 1850 el mapa político de América Latina sufrió severas transformaciones, al punto que nadie podía vaticinar cual sería el definitivo.

El nacimiento de las nuevas repúblicas, dice Juan Miguel Bákula, abrió un proceso orientado en dos direcciones. De un lado, en el aspecto interno cada una de ellas debió iniciar la organización de su vida autónoma; de otro, la desaparición del orden colonial dio lugar a que surgieran con mayor fuerza impulsos de disgregación. Estas manifestaciones, afirma Bákula, asumen diversos grados de intensidad, pero en su conjunto traen como consecuencia negativa que la vida de relación se iniciará bajo el signo de la división y fracasarán los intentos iniciales de unidad, denominados «el sueño de los libertadores». La violencia que se genera entonces fue una expresión de individualismo para satisfacer conveniencias personales, situación que explica la relegación de América Latina (Bákula, 2002, p. 33).

La independencia fue una consecuencia de la decadencia y crisis de la monarquía española, que si bien fue inevitable, también resultó prematura. Al finalizar el siglo XVIII, los «reinos de Indias» acusaban dos grandes carencias, mientras avanzaban hacia una época de grandes transformaciones sociales: la inexistencia de una tradición de gobierno y la incoherencia de su organización social y económica para hacer frente a la revolución industrial. El movimiento emancipador se desplaza en un continente aún por conocer, al que la ausencia de medios de comunicación volvía inconmensurable, sin por ello dejar de tener una gran importancia mundial (p. 35).

En el proceso emancipatorio es también pertinente tener en cuenta la acción de los caudillos militares, el proceso de expansión territorial y la influencia de la penetración capitalista. Señala Bákula que el caudillo militar es un agente de cambio cuya contribución es múltiple, al ganar la guerra e imponer la libertad; acentuar el poder del Estado y su forma de gobierno; y afirmar el sentido nacional por la vía de la diferenciación y del conflicto internacional. Su contribución resultó negativa en lo referente a la organización del Estado y un obstáculo para la organización de macrounidades políticas, como la Confederación Perú-Boliviana. Los caudillos lograron estimular los elementos psicológicos y socioeconómicos del conflicto y, en este sentido, la guerra de la independencia pone fin a la etapa colonial, pero también pone término a la función ejercida por la Corona española de dirimir, regular y superar el conflicto. Así, pues, la organización de los nuevos Estados fue el resultado de un largo enfrentamiento que privilegió el uso de la fuerza militar por encima de todo otro arbitrio (pp. 36-37). Sin duda, las numerosas guerras civiles en buena parte del siglo XIX crearon un clima que desalentó las inversiones y negocios.

De otro lado, era preciso definir el contorno del asiento material del nuevo Estado, lo que generó ambiciones de expansión. Al final de la época colonial no existían verdaderas regiones, ni desde el punto de vista económico-social ni del político-institucional. El factor predominante era la ciudad y, en ella, el cabildo. En la consideración de las relaciones internacionales es preciso recordar la lucha por los mercados, que, como bien dice Bákula, fue el motor primordial de guerras en otros continentes y se trasladó a América del Sur con diferentes matices y diferentes circunstancias. La expansión del comercio se convirtió en un elemento clave de la política. Fueron los intereses ingleses y los de Estados Unidos los principales beneficiarios, llegando a transformarse el beneficio comercial en exacción. En las negociaciones con las potencias económicas estuvieron presentes dos valores: el reconocimiento a la independencia y la libertad de comercio. Y como consecuencia de este entendimiento forzoso, el reconocimiento de la cláusula de la Nación más favorecida, que sirvió de manera exclusiva al afianzamiento del comercio de importación europeo y norteamericano. La antigua crisis de los obrajes coloniales se hizo cada vez más evidente y los paños y las bayetas fueron sustituidos por tejidos ingleses y franceses (pp. 39-46).

Bákula señala que las causas preeminentes de la división de las nuevas repúblicas fueron la herencia colonial, el caudillismo militar, la expansión territorial y la penetración del capitalismo, y lo que resultó dramático fue la ausencia de fuerzas que impulsaran en la dirección opuesta, o sea hacia la cohesión. Señala que estas tampoco podrían haber existido por tratarse de naciones en formación, sin institucionalidad y sin potencialidad económica, sin capital demográfico suficiente y sin un producto natural o elaborado para introducirse en el mercado mundial en condiciones ventajosas. El proceso de la emancipación, al ocasionar la desintegración de la estructura social existente, creó una situación de vacío y de violencia, que condicionó la evolución subsiguiente del Estado (pp. 47-48).

En el caso particular de las naciones andinas, la «república de indios» mantuvo sin pausa su marcha hacia la desintegración, que no significó su desaparición pero sí su subordinación como contingente humano; mientras la «república de españoles», que pasó a ser de criollos, abundó en conmociones y cruentos episodios. Paradójicamente, tales sucesos resultaron constantes retardatorias, cuya inercia contribuyó a mantener el equilibrio inestable de la estructura social anterior, con extrañas repercusiones en el exterior. Tanto en Bolivia, en el Ecuador, como en el Perú, las clases dirigentes —elementos criollos y, muy en breve, algunos extranjeros— siguieron siendo grupos estamentales con muy pocos visos de sociedad de clases; cohesionándose a través de una extensa urdimbre que, sin ser una relación de sangre, constituía una «parentela» —luego transformada en clientelismo— que sirve de base al poder político, económico y militar.

En segundo término, estas sociedades se fortalecen gracias a interrelaciones personales, en la que los lazos de hombre a hombre juegan un rol muy importante, que luego los caudillos utilizan. Por último los conflictos antes resueltos por medio de negociación entre los grupos interesados acatando parámetros conocidos, adquieren cada vez más violencia y se extienden más allá de la ciudad, de la provincia o de la frontera. En consecuencia, se ahondan cada vez más las distancias y diferencias por razones económicas, regionales, étnicas, urbano-rurales, de género y generacionales o ideológicas. Cuando la pérdida de influencia y de poder económico por parte de la Iglesia abre una nueva grieta en la sociedad y se desatan, virulentas, las campañas laicistas, termina por perderse la noción de la unidad en favor del consenso, para recurrirse a una serie de mitos, desde el «hombre providencial» hasta el «enemigo predilecto».

Perú entre la realidad y la utopía
Juan Miguel Bákula

El proceso de cambios que genera la emancipación constituye un punto de no retorno. En el Perú, a partir de 1821 todo fue diferente. Su intensidad alteró los sistemas de dirimir conflictos sociales, que la estructura colonial había contenido o llenado en alguna forma. Ello dio lugar a una frustrada eclosión cultural, en la medida en que la independencia tuvo el sentido de un mensaje y de una promesa, engañoso el primero e incumplida la segunda, y que la decepción posterior desencadenó un sentimiento de despecho y de encono. A las nuevas repúblicas les fue difícil incorporarse a un mundo en el que no gozaban de derecho de membresía por su origen espurio, de conformidad con el pensamiento político y jurídico imperante en las grandes potencias, dando lugar a que el riesgo de reconquista sea permanente (pp. 49-50).

Hay que tener presente que el desarrollo del mercado interno requerido de una población relativamente abundante con las condiciones de vida mínimas satisfechas, lo que no era el caso, pues las tres cuartas partes del millón y medio de habitantes que tenía el Perú en ese momento vivían aislados en la región andina. La población más familiarizada con el consumo era mayoritariamente de raza blanca, vinculada especialmente al comercio, que constituía solo un 10% del total. La riqueza se encontraba concentrada en pocas manos y el consumo importado se veía estimulado por un ambiente que favorecía los productos del extranjero. En cuanto al sistema fiscal, el naciente Estado peruano se nutría básicamente de dos impuestos, la contribución de indígenas²⁹ y los derechos de aduanas. Además, la especialización del trabajo y la producción fueron muy limitadas. Las normas legales eran inestables y no se cumplían

²⁹ Dice Contreras (2004) que se creía que la contribución de indígenas, sobre cuya legitimidad hubo una viva polémica a lo largo del siglo XIX, estimulaba el mercado en la medida en que su pago obligaba a los indígenas a insertarse en el mercado laboral (p. 86).

y, como ya hemos dicho, la inmensa mayoría de la población estaba conformada por campesinos autárquicos. Gran parte del comercio interno durante el siglo XIX se reducía a llevar alimentos y bebidas a las aisladas regiones mineras.

Aunque la independencia no pudo realizar todas las promesas de libertad e igualdad que generó, sí trajo como consecuencia profundos cambios económicos, sociales y políticos. De otro lado, la aristocracia mercantil fue golpeada con la pérdida casi completa de la flota marítima. Contreras y Cueto señalan que:

El nuevo Estado nació marcado por una gran debilidad, al haber erosionado durante «el trabajo de parto» las bases del orden social antiguo y de la clase hegemónica en la que podría haberse apoyado. Se abrió paso así a una descentralización de facto, en el que los territorios provinciales quedaron librados de la tutela de la capital, y a una suerte de liberalismo económico «virtual», en el sentido de la capacidad del Estado para promover a uno y otro sector económico había desaparecido, con lo que el sector minero fue el principal afectado (Contreras & Cueto, 2004, p. 76).

Finalmente, el comercio exterior se abrió tímidamente, se establecieron casas comerciales principalmente inglesas y se empezó a generar una dependencia del exterior comercial y financiera, más que política.

Puede señalarse que, en 1821, de la dependencia «formal» española el Perú pasó a ser una dependencia «informal» británica, lo que perduró hasta las décadas iniciales del siglo XX, cuando la economía del Perú pasó a ser controlada por los intereses norteamericanos. La debilidad del aparato estatal al inicio de la República y la inestabilidad política facilitaron la penetración del poder británico, que nos impuso una política comercial exterior y financiera abierta, es decir, de libertad para exportar e importar de todo y de cualquier parte, favorable a sus intereses, más aún cuando no encontró ninguna resistencia local. Esto dio ocasión a una «fragmentación» económica del Perú, pues las sociedades regionales ganaron autonomía y creció su aislamiento, dando lugar a un conjunto de regiones inconexas, por lo que el comercio exterior languideció.

Es preciso recordar aquí los frustrados intentos de modernización en materia económica en la Confederación liderada por el General Santa Cruz. En 1836, creó tres Estados: Bolivia, Surperuano y Norperuano, los que adoptaron el libre comercio como política económica exterior. Esto significaba bajos impuestos aduaneros y libertad para comerciar con todo el mundo, posición que fue defendida por los comerciantes extranjeros, los mineros y los agricultores del sur, con el beneplácito de los representantes de las potencias económicas del momento, como la Gran Bretaña, Francia y los Estados Unidos, quienes presentaban a esa política como sinónimo de civilización y progreso. La élite del norte y la costa central defendía el proteccionismo

con argumentos de nacionalismo económico, y pedían proteger a la agricultura y a la producción nacional de la competencia extranjera. La disolución de la Confederación Perú-Boliviana abrió paso a los peores años de anarquía política del Perú, ya que en menos de veinte años tuvimos doce presidentes y seis constituciones. Los caudillos políticos parecían luchar no por una causa o proyecto, sino para contentar a sus seguidores con las prebendas que la conquista del Estado implicaba.

Predominó el modelo del Estado patrimonial, en el que el gobernante identificaba los negocios y bienes del Estado como asuntos personales de los que podía disponer con amplia libertad quien tuviese la maña de conquistarlo. El presidente venía a ser un cacique de caciques, y en cierta forma la concepción del Estado como patrimonio del vencedor recordaba premisas de la monarquía anterior a la Ilustración, con la diferencia de que ahora no existía una clase nobiliaria ni una casta religiosa que constituyera un contrapeso al poder del presidente (Contreras & Cueto, 2004, p. 108).

4.1.3. Castilla, Pardo y la época del guano

Los importantes ingresos provenientes de la exportación del guano (1840-1879) dieron lugar en el Perú a lo que Basadre llamó un periodo de «prosperidad falaz», puesto que el excedente generado no pudo lograr el desarrollo del país, y la bonanza rápida y fácil destruyó los incentivos para el desarrollo de cualidades empresariales, que son la base para el crecimiento y el desarrollo. La economía del Perú se había convertido en una economía rentista: exportaba guano e importaba prácticamente todos los productos manufacturados, siguiendo la teoría de las ventajas comparativas del comercio internacional, al igual que lo había hecho durante la Colonia con el oro y la plata (Parodi, 2000, pp. 67-68).

Ramón Castilla —que gobernó entre 1845 y 1851 y entre 1855 y 1861— emprendió una política modernizadora que sin embargo tuvo en el pensamiento conservador una importante influencia. La década de 1850 fue ocupada ya por una nueva generación nacida, o en todo caso educada, después de la independencia, que fue testigo del caos político que sucedió a la ruptura con España y que había podido constatar que la sola declaración de la independencia no resolvía los problemas de las naciones latinoamericanas. Esta generación lanzó propuestas de reforma en la línea de liberalismo europeo, tales como la desamortización de la tierra, la abolición de los gremios y del proteccionismo económico, y el desplazamiento de la Iglesia católica de ámbitos como la educación pública. Este programa fue llevado adelante por el gobierno de Castilla solo en parte, pues no supo o no quiso promover la igualdad de oportunidades a través de la educación pública ni ofrecer acceso a la modernización tecnológica. La causa de ese liberalismo abortado puede hallarse en la fiebre del guano.

El auge del guano se inició con la década de 1840. Convertido en ocasiones en historia truculenta y corrupta, el aprovechamiento del guano se dio en un medio donde desde la colonia no se habían formado capitales, no había superávit económico ni ahorro bancario, ni siquiera había bancos. El país vivía en forma mediocre de las actividades comerciales, que eran una de las pocas fuentes de capital; por ello los inversionistas en la minería, por ejemplo, eran en su mayoría comerciantes. Este era un fenómeno que podía remontarse a los tiempos coloniales, y en ese medio económicamente deprimido era difícil la prosperidad. Por ello era normal que se buscara financiamiento externo para cualquier inversión cuantiosa. En la colonia, tal financista externo había sido el Estado español, pero en la república inicial las dificultades comenzaron tempranamente, cuando se descubrió que el Estado no podía cubrir sus compromisos comerciales, y el mercado interno se saturó con las importaciones.

Breve historia contemporánea del Perú
Franklin Pease

Los inmensos ingresos que trajo la explotación del guano y que comenzaron en la época de Castilla significaron la consolidación del Estado independiente, pero sobre bases económicas y sociales frágiles, en la medida en que el dinero que ingresaba no provenía del crecimiento del mercado y la producción interna, sino de una renta convertida en patrimonio del Estado (Contreras & Cueto, 2004, p. 115). La explotación del guano dio lugar a los llamados «contratos de consignación», que en una primera etapa celebró el Estado con comerciantes peruanos asociados con casas mercantiles extranjeras, para posteriormente tratar exclusivamente con estas últimas, pues ofrecían mejores condiciones económicas y procedimientos menos corruptos. El presupuesto estatal comenzó a crecer y a financiarse cada vez más con los ingresos del guano, que llegaron a representar dos terceras partes de los ingresos fiscales. En 1862, después de la salida de Castilla del gobierno, los comerciantes peruanos recuperaron el negocio durante siete años, hasta que en 1869 el régimen del presidente José Balta le puso fin al pactar un monopolio del guano con la casa francesa Dreyfus, siendo artífice de ese contrato el Ministro de Hacienda Nicolás de Piérola. Los déficits fiscales eran cada vez en mayor medida saldados con empréstitos o adelantos que se hacían al Estado a cuenta del guano futuro. En síntesis, los contratos guaneros no hicieron sino emplear y mejorar la articulación entre economía y política, en un triángulo donde los comerciantes proveían el dinero a los caudillos para contentar a «su gente», y estos le devolvían el servicio dispensándoles favores para sus negocios (p. 119). Los beneficios de la explotación del guano contribuyeron a que mejorara la situación universitaria y las actividades científicas gozaran de mayor continuidad, lo que se concentró principalmente en la formación en Derecho, Ciencia y Medicina en la Universidad de San Marcos.

Por el contrato Dreyfus antes mencionado, el Estado se emancipó de las maniobras de los agiotistas que minaban su soberanía, pues recibía mensualmente una entrada regular para sus gastos ordinarios, emancipándose también de la élite plutocrática limeña, pero al precio de depender de una casa de negocios extranjera. Empréstitos posteriores celebrados entre 1869 y 1872 llevaron a que prácticamente todos los ingresos del guano no tuvieran más destino que el servicio de esa deuda. Hay que advertir que, en su conjunto, el Estado peruano recibió por el guano una suma enorme que para 1850 representaba aproximadamente ochenta veces su presupuesto y superaba largamente el valor del oro y la plata extraídos de las minas durante el Virreinato (p. 128). Ese dinero se empleó principalmente en el aumento de la burocracia civil y militar y en la institucionalización de las fuerzas armadas. Los empleados del Estado, como prefectos, jueces, policías y militares, se convirtieron entonces en misioneros de la economía monetaria, pues eran los únicos que percibían un salario en metálico, alcanzando su impacto a todo el país, aunque principalmente se concentrara en Lima. Si bien el proyecto de país que se pensó con la declaración de la independencia pasó a ser algo que parecía alcanzable —pues se verificaron elecciones con frecuencia—, las autoridades locales eran controladas por el Poder Ejecutivo. Se fundaron ciudades como Iquitos (1841), y colonias como la de San Ramón (1847) y La Merced (1869).

No se puede dejar de mencionar que parte del dinero del guano fue destinado al proyecto de forjar una clase empresarial apelando al mecanismo de la consolidación de la deuda interna, lo que terminaría en un escándalo político. Esa consolidación significaba la unificación de la deuda contraída con particulares desde la época de la independencia, bajo la forma de bonos o títulos. La Ley de Consolidación fue dada en 1850 y fueron favorecidas 2028 personas, pero solo las primeras 126 acumularon dos tercios del valor de la deuda consolidada. Este proyecto de formar una burguesía nacional que pusiese a la Nación en el camino del progreso solo tuvo resultados menores, dando lugar al nacimiento de algunos bancos y fábricas de poca envergadura y al inicio de la modernización de la agricultura de la costa, cada vez más orientada a la exportación de azúcar y algodón. Sin embargo, la mayor parte del dinero fue empleado en especulaciones financieras con el propio gobierno, por el mecanismo de enjugar los déficits fiscales. La deuda reconocida alcanzó a 24 millones de pesos, unas cinco veces el presupuesto de la República de 1850, pero investigaciones de la época detectaron que la mitad de ella era cuestionable, lo que no implicaba necesariamente que fuera fraudulenta, pero sí que no se habían cumplido todos los requisitos fijados por la ley (p. 133).

El tema de la consolidación de la deuda interna como proyecto social ha dado lugar a un amplio debate historiográfico desatado alrededor del guano, pero lo cierto es que,

por diversas razones —entre las que se encuentran el oportunismo o la falta de nacionalismo o de audacia empresarial—, también debe reconocerse que el sistema económico de la época privilegiaba tanto en rendimiento como en seguridad a la compra de bonos de la deuda pública sobre la inversión en nuevas industrias. Y no cabe duda de que la abundancia de dinero proveniente del guano estorbó el despegue de otros sectores económicos y tuvo también como efecto la desaparición de impuestos o su manutención en montos irrisorios. En el ámbito de la agricultura, de tanta importancia, el Perú siguió siendo un país de poderosos terratenientes criollos que se valían de una mano de obra prácticamente esclavizada. No era fácil convertirse en una república de medianos agricultores, porque para el modelo terrateniente el Perú lo tenía todo.

Así, existía una clase terrateniente ya constituida en costa y sierra, un derecho agrario de tipo señorial-comunitario, que volvía difíciles las transacciones de tierras, un territorio agreste donde la expansión de la frontera agraria era costosa o imposible, una ubicación geográfica alejada de Europa y una tradición de servidumbre en las relaciones laborales de ciudad y campo (p. 140). En ese contexto, «la vigencia de prácticas laborales serviles en la agricultura, como el yanaconaje, así como la importación de coolies asiáticos en reemplazo de los esclavos, no eran un marco adecuado para la emergencia de los ciudadanos de un régimen republicano reclamaba» (p. 131). Al acaparar el Estado las ventas guaneras, continuó la experiencia colonial, pues siguió siendo el gran mercado financiero. En él y en su entorno se generaban los negocios más lucrativos y ello generaba relaciones de clientela entre los inversionistas y los funcionarios.

La combinación de abundancia de divisas, bajos aranceles y escasez de mano de obra calificada, dice Contreras, fue una solución mortal para el desarrollo industrial peruano durante la era del guano, y fue más bien el comercio de importación el que terminó siendo favorecido. La mayoría de las inversiones se dirigieron a la especulación financiera o a la agricultura de exportación. Así, Contreras afirma que la era del guano significó para el Perú lo que los economistas han bautizado como «la enfermedad holandesa»: una situación en la que una súbita y fuerte abundancia de divisas debida a la exportación de un recurso natural o a la ayuda externa, termina más perjudicando que beneficiando a la economía del país (Contreras, 2004, p. 100). En vísperas de la guerra con Chile, las condiciones para el desarrollo del mercado interno no habían mejorado significativamente desde 1830. Algunos de los pocos avances estuvieron constituidos por la construcción del puerto del Callao y por el ferrocarril que lo unía a la ciudad de Lima. En ese momento, tres quintas partes de la población vivían en un régimen autárquico. Desde otra perspectiva, en esa época se promulgaron los códigos Civil y Comercial, se adoptaron medidas que liberaron a muchos fundos de obligaciones que afectaban su rentabilidad, pero los latifundios siguieron siendo más medios de sobrevivencia que de acumulación de riqueza.

Otro factor de importancia política y económica en esa época fue la cancelación en 1854 del tributo indígena, que funcionaba como un impuesto personal, de modo que todos los indígenas de 18 a 50 años debían pagarlo de acuerdo al monto establecido en su provincia, a cambio de lo cual quedaban exonerados de los demás impuestos. La idea fue reemplazarlo por una contribución más moderna, aplicable a todos los ciudadanos, que finalmente no prosperó. La abolición del tributo indígena produjo cambios en la sociedad rural, que hizo más difícil conseguir trabajadores para los centros mineros y las haciendas, pues ya no se necesitaba obtener moneda para el pago de esa contribución, lo que dio lugar al surgimiento de los tristemente célebres y abusivos «enganchadores» de trabajadores para ir a trabajar en las minas. Pero la eliminación del tributo dio lugar también a que las comunidades de indígenas se encerraran más en una economía autárquica. Dio paso también a un férreo centralismo fiscal, que prescindió de lo que ocurría en la economía del interior, empobreciendo a muchas provincias.

Como es fácil de entender, pasada la bonanza inicial, cada vez se convirtió en un tema de mayor debate el qué hacer con el dinero proveniente del guano. En este contexto surge la figura de Manuel Pardo y Lavalle, primer gobernante civil del Perú y fundador del Partido Civil, que tanta importancia tendría en la vida nacional en las décadas siguientes, quien defendió la idea de invertir la riqueza del guano en ferrocarriles, planteando un conjunto de proyectos muy ambiciosos para lo cual se tomaron los empréstitos ya antes mencionados, iniciándose hasta diez proyectos al mismo tiempo. Aunque en el lapso de una década (1868-1878) llegaron a tenderse unos 1500 kilómetros de líneas férreas, los ferrocarriles no llegaron a cumplir la promesa que en ellos se depositó, entre otras razones por la crisis económica que paralizó los trabajos y la ausencia de reformas de la propiedad en la minería y en la agricultura que la introducción del ferrocarril reclamaba y la extensión del comercio suponía. Manuel Pardo fue elegido presidente en 1872, siendo banderas de su partido el respeto a la ley y la búsqueda de orden, paz y progreso económico, relanzando la «utopía republicana», es decir, la construcción de una comunidad nacional de ciudadanos. Pardo introdujo la descentralización administrativa, impulsó la educación haciendo a la primaria obligatoria, organizó el primer censo de la República (2,7 millones de habitantes, 58% indígena), e impulsó la construcción de ferrocarriles.

En resumen, los ingresos provenientes del intercambio comercial y de la abundancia de un recurso natural, así como la debilidad empresarial interna, dieron lugar a una economía rentista, pues la riqueza se generaba por la propiedad y no por el esfuerzo. Como señala Bonilla agudamente sobre la fiebre del guano:

Las exportaciones del guano representaron los dos tercios del total de las exportaciones peruanas y en sus momentos de esplendor, constituyeron el 80% de los

ingresos públicos. La economía por consiguiente, fortaleció su vocación exportadora con la remisión de un producto con un valor agregado nulo, salvo la participación de los pájaros, a la vez que asoció el destino de sus finanzas a un producto tan singular, que opacaba la leyendaria tradición del Perú como sinónimo de oro y plata (Bonilla, 2006, p. 83).

Este periodo, que construye el primer gran ciclo de exportación de la historia económica del Perú, concluye con la derrota peruana en la Guerra del Pacífico que enfrentó a Perú y Bolivia contra Chile (1879-1883).

4.1.4. La guerra con Chile (1879-1883)

En la década de 1870 la situación económica y financiera del Perú era muy grave. Esta situación trató de superarse mediante la creación por el gobierno de Pardo de un estanco del salitre, cuya producción solo controlaba el capital peruano en la región de Tarapacá en un 30%. La política de expropiación hizo que se alinearan en una posición sólida los afectados, esto es, capitales ingleses, chilenos, alemanes y franceses, lo que trajo como consecuencia la mala imagen internacional del Perú, a lo que se sumó el desorden político y social en Bolivia. La guerra con Chile fue esencialmente comercial, y Chile se situó en la línea de los defensores de la libertad de comercio, con lo cual logró apoyo internacional. El Tratado de Alianza Defensiva celebrado con Bolivia fue un grave error, aprovechado también por los intereses y el gobierno chilenos.

Lo que interesa poner de relieve es que la derrota frente a Chile fue el peor revés que sufrió el Perú luego de su destructiva guerra por la independencia. El Tratado de Ancón de 1883 fue calificado por el ilustre catedrático e internacionalista Víctor Maúrtua como la «escritura de su decapitación como Nación dirigente». Tal como ha afirmado Carmen Mc Evoy (1994, p. 487), las bases económicas, políticas e ideológicas del sueño republicano fueron erradicadas violentamente por la secuela de destrucción que dejó la guerra con Chile. Según esta autora, la destrucción de los marcos institucionales y de las fuerzas políticas capaces de cohesionar a la fragmentada sociedad peruana constituyeron la herencia más nefasta que dejó la guerra. A eso se agregan las consecuencias que en el plano de la formulación de las políticas internas tuvieron los debates sobre la «cuestión indígena», pues muchos consideraron que en el momento supremo del sacrificio bélico una parte mayoritaria de la población no había participado en el conflicto ni lo había sentido como suyo, esto es, que ni si quiera lo había entendido en sus lineamientos generales; tema este sin duda debatible, pero explicable pues la mayoría de esa población había sido mantenida en un régimen de explotación y servidumbre que no había variado sustantivamente desde la época colonial (ver Bákula, 2002, pp. 492-497).

La guerra con Chile trajo la destrucción de los campos de cultivo de la costa, el saqueo de la propiedad pública y privada, el desmantelamiento de las instituciones educativas y culturales y la pérdida de importantes territorios en el sur. Pero trajo también la liquidación con el pasado, y el Estado debió aprender a vivir de los impuestos que pagaban sus ciudadanos y ya no de los fáciles ingresos del guano y el salitre. El periodo de reconstrucción de 1885 a 1899 sentó las bases de lo que se denominó la República Aristocrática, durante la cual la clase propietaria y sus intereses se perfilaron mejor, y lograron asegurar el control del Estado por varias décadas.

La derrota en la guerra con Chile obligó a cambiar la política económica y fiscal que había predominado desde la independencia. A partir de 1885, se introdujeron transformaciones que afectaron positivamente las condiciones del mercado interno. Contreras sostiene que la desaparición de las rentas patrimoniales del guano y el salitre tuvo un efecto depurador en la economía y en las instituciones del país (2004, p. 103). Los gobernantes debieron entonces negociar con la clase propietaria un compromiso fiscal que hiciese viable la acción de gobierno, con lo que la élite económica recuperó una capacidad de control sobre la acción política de la que había carecido a lo largo de todo el siglo XIX. Figuran como avances la difusión parcial del empleo asalariado, la promulgación de un conjunto de normas jurídicas que separaron las funciones política, económica y judicial, y un sistema tributario más estable y sólido. A finales del siglo XIX se fundaron una serie de gremios empresariales que se constituyeron en canales de representación de la clase propietaria, mejorando su interrelación con el gobierno. También se produjo un despegue de la producción para la exportación de bienes como el azúcar, el algodón, el cobre, las lanas y el café, pero las relaciones laborales siguieron descansando en modalidades premercantiles como el enganche, el yanaconaje y otras formas de trabajo compulsivo.

Los años de la posguerra fueron duros en lo económico, pero de relativa estabilidad en lo político. El Perú debía hacer frente a una enorme deuda externa si quería reincorporarse a la vida internacional, servicio que había sido suspendido en 1876 a causa de la crisis económica. La deuda era impagable a menos que se hiciera uso de la imaginación, y ello fue resuelto mediante el contrato Grace. En efecto, Michael Grace, quien negociaba en representación de los acreedores ingleses, propuso que dado que el país carecía de un flujo de riqueza suficiente para cancelar lo adeudado, debía transferir a los acreedores el goce de activos tales como minas, tierras, ferrocarriles hasta que los acreedores pudieran recuperar su dinero. Si bien el razonamiento era impecable, el asunto es hasta qué punto podía considerarse al Perú una Nación soberana si todo ello se manejaba desde Londres. Después de agudos debates en el Congreso, que llevó a su disolución y después a convocar uno nuevo, finalmente los acreedores consiguieron la entrega de ferrocarriles por 66 años, dos millones de

hectáreas en la Amazonía, la libre navegación por el lago Titicaca y una cuota anual de ochenta mil libras esterlinas, que era aproximadamente el 10% del presupuesto nacional, durante 33 años, a cambio de la extinción de la deuda. Aunque las interpretaciones de los historiadores han sido diversas, Contreras y Cueto (2004, p. 180) consideran que el controvertido contrato Grace resultó finalmente beneficioso para el Perú, pues los ferrocarriles fueron reparados y concluidos, y pudieron prestar un servicio útil a la economía. De las tierras de ceja de selva solo se llegó a entregar 450 mil hectáreas y la cuota anual solo fue cumplida en el primer año, lo que llevaría más tarde, durante el oncenio de Leguía en el siglo XX, a que las líneas férreas fueran cedidas a perpetuidad.

Después de la guerra con Chile, diversas reformas económicas y fiscales fueron promovidas y aplicadas en el país en un escenario en el cual los gobernantes ya no eran solo literatos, historiadores o abogados sino también médicos, geógrafos, etc. Hombres de credo positivista y de sentido práctico hicieron de la economía un asunto a la vez técnico y público. Fue así que la Administración Pública mejoró, y en la década de 1890 el Perú entró recién en la era del presupuesto, documento que era la premisa para la delimitación de los derechos económicos de los individuos, puesto que se establecía con precisión cuál era el ámbito de la acción del Estado (de dónde recogería sus ingresos y en qué los gastaría) y cuál el de la sociedad civil, por lo que Contreras y Cueto afirman: «Con razón se decía que el presupuesto era a la vida económica, lo que la Constitución a la vida política» (p. 184).

En la década de 1890 la economía daba ya señales de recuperación: se efectuaron importantes obras de infraestructura en las haciendas costeñas y se mecanizó la producción azucarera. El azúcar, y más tarde el algodón, el café y la lana, comenzaron a exportarse, lo que permitió también que el Estado reconstruyera su fuente de ingresos sobre la base de impuestos a bienes de consumo. Se crearon los estancos del tabaco, del opio, los fósforos y la sal. Al terminar la centuria, los ingresos fiscales habían aumentado y se hallaban en franco crecimiento y hacia 1900 las bases de la reconstrucción nacional parecían conseguidas, forjándose una nueva economía de exportación que ya no dependía de un solo producto, como en la era del guano, sino de una variada gama de bienes agrícolas y mineros. Se constituyó la Compañía Nacional de Recaudación, de capitales públicos y privados, para la cobranza de impuestos, y se crearon instituciones como la Cámara de Comercio de Lima y el Registro de la Propiedad de Inmueble, fundadas en 1888, y la Bolsa de Valores de Lima en 1886. A ello se adiciona la creación del Registro Civil, ya que hasta entonces era solo la Iglesia católica la que tenía control de la identidad de la población; y se fundan nuevos bancos, que prestarían un servicio importante a la reconstrucción económica. Sin embargo, la inversión extranjera no había todavía desplazado

a la nacional, como ocurriría poco tiempo después. Para promover el incremento de la producción se dictarían los nuevos códigos de minas (1900) y de aguas (1902), fundándose además la Escuela Nacional de Agricultura.

Durante todo este periodo ocuparon la Presidencia de la República connotados miembros del civilismo y de la oposición, como Manuel Pardo y Lavalle y José Pardo y Barreda, su hijo, Andrés A. Cáceres, Miguel Iglesias, Nicolás de Piérola y Eduardo López de Romaña; se logró estabilidad política e incremento en la producción, pero continuó la concentración de la propiedad, desnacionalizándose la minería y el petróleo sin poder disminuir el analfabetismo.

En síntesis, después de la denominada Guerra del Pacífico se inició la reconstrucción de un proyecto nacional que proponía un orden liberal, en el sentido de abrir la economía al comercio mundial y plasmar en las constituciones los deberes y derechos ciudadanos.

En ese contexto, el país tuvo que pagar el precio de la falta de un desarrollo económico y social interno que diera sustento a la ampliación de la ciudadanía. La abolición de la esclavitud y del tributo indígena, así como el arribo de los trabajadores asiáticos, no alcanzaron a componer un cuadro social que realmente renovara y mejorara la igualdad de oportunidades y la movilización social en una perspectiva liberal. La población alfabeta era escasa, la moneda y los bienes circulaban con exasperante lentitud y en cantidades ínfimas, los campesinos confiaban en los caciques locales antes que en las autoridades del Estado. Estas falencias terminaron alentando un protagonismo estatal, sobre el que la élite civil acabó montada. Al concluir la centuria, empero, el proyecto liberal abrió la economía a la penetración extranjera, hasta el punto que afectaba un adecuado margen de autonomía nacional (Contreras & Cueto, 2004, p. 32).

Durante la última década del siglo XIX la economía peruana tuvo un crecimiento más diversificado, que dio lugar al aumento de las exportaciones y a la expansión moderada del sector industrial dirigido al mercado interno. Se debatió internamente sobre el proteccionismo y su alternativa, el libre comercio. El mercado volvió a adquirir liderazgo y se emprende un conjunto de reformas orientadas a facilitar su desempeño en un periodo de fuerte auge de la inversión extranjera directa (1901-1920) en los sectores de exportación, hecho que no pudo impedir, sin embargo, la existencia de amplias zonas al margen de la economía capitalista. Este ciclo coincidió políticamente con la política oligárquica de la «república civilista». Ya en pleno siglo XX, esa diversificación no se articuló con el sector industrial y el auge exportador, que continuó durante la década de 1920 hasta la Gran Depresión de 1929, y fue de tal magnitud que toda la reinversión se hizo en ese mismo sector. Los ingresos se dirigieron a las importaciones, y no hubo una clase empresarial motivada para desarrollar

la industria (p. 70). Ahora bien, esta división internacional del trabajo en América Latina, como ha puesto de manifiesto Baer, no fue solamente el resultado de las fuerzas libres del mercado, sino que fue políticamente impuesta para beneficiar los intereses de Gran Bretaña y otros países en respuesta a su apoyo a los movimientos independentistas (Baer, 2002, pp. 26-27).

El balance que podemos hacer del primer siglo de vida independiente del Perú en materia económica es bastante ambiguo; con avances importantes en algunos renglones, como el crecimiento demográfico, la mayor penetración del Estado en el territorio y la diversificación de las actividades productivas primarias (minería, agricultura, ganadería y silvicultura), pero retrasos también notables en otros campos, como en el de la disminución de la desigualdad en el reparto de la riqueza y, en ese sentido, en el establecimiento de un sistema de acceso a los recursos económicos, a la educación y a los mercados que no discriminara a la población descendiente de los pueblos aborígenes del país. Quizás el mayor logro en este aspecto ocurrió durante la segunda etapa (la que corrió entre 1883-1930), al tomarse por lo menos conciencia de que ese era un problema grave que afrontar. El acondicionamiento del territorio para la economía de mercado y el establecimiento de un sistema fiscal que dependiera menos del financiamiento externo y de los vaivenes del mercado mundial fueron otros campos en los que el desempeño fue pobre durante la primera centuria independiente. [...]

El panorama de logros y fracasos queda más claro cuando se confronta la experiencia histórica del Perú con la del resto del mundo. Una rama de la historiografía mundial ha propuesto que fue durante el siglo XIX, y particularmente entre los años de 1830-1870, aproximadamente, que se labró la llamada 'gran divergencia' entre las exitosas economías del hemisferio norte y las atrasadas del sur. Si tales historiadores tienen razón, habría sido el pobre desempeño de la economía peruana durante la primera etapa, aquella en la que el guano fue el opio de los peruanos, un factor poderosamente explicativo del atraso que sufrió el desarrollo económico nacional en el siglo XX. Como consuelo, cabría decir que fue un medio siglo que ha llegado a ser calificado como de 'décadas perdidas' para toda América Latina.

Introducción. *Economía de la primera centuria independiente*
Carlos Contreras

4.2. El siglo XX

4.2.1. Síntesis

Afirma la historiadora Rosemary Thorp que nadie duda que a lo largo del siglo XX hubo crecimiento económico en América Latina, pero que la pregunta pertinente es cuál fue la calidad de ese crecimiento. Para responderla, dice Thorp, debe tenerse presente que el impacto más evidente sobre la calidad de vida guarda relación

con la distribución de los beneficios que genera dicho crecimiento. Otros aspectos relevantes son la seguridad y la sostenibilidad del proceso de crecimiento, sobre todo en términos de estabilidad del ingreso y de precios, los que influyen en el rendimiento que se obtenga y en su viabilidad (Thorp, 1998, p. 15).

Thorp nos informa que la tasa de crecimiento económico de América Latina durante el siglo XX excedió el 4% anual, con una fase inicial de crecimiento rápido —basado en la exportación de productos primarios y la entrada de capital— que después disminuyó. Posteriormente llegó el periodo de más rápido crecimiento entre 1945 y 1973, y luego una fase de descenso. Salvo el caso de Brasil, la exportación fue el motor del crecimiento en el periodo inicial, pero a partir de 1945 la tasa interna de crecimiento de la economía en la mayoría de los países fue mayor que el crecimiento de las exportaciones. También a inicios del siglo hubo un incremento importante en infraestructura portuaria, de ferrocarriles y de bancos privados. Pero el alto grado de inestabilidad en la región influyó de modo negativo sobre la confianza de los empresarios y sobre la inversión. La inestabilidad en los precios, vía inflación, fue un factor importante en la mencionada inestabilidad. De otro lado, solo al final del siglo se tomó conciencia de los problemas ambientales, generados por un conjunto de problemas tales como la deforestación, la salinidad del suelo, el monocultivo en grandes extensiones, las repercusiones de la minería en la agricultura, la concentración geográfica de la producción industrial y un variado conjunto de problemas urbanos originado por el crecimiento rápido de las ciudades.

América Latina registró un progreso considerable en el transcurso del siglo XX —sobre todo entre la Segunda Guerra Mundial y la década de 1970— en términos de modernización, ingreso real, sanidad y alfabetismo. Hubo también un desarrollo considerable de las organizaciones e instituciones, desde bancos centrales a sistemas de seguridad social. También se consiguieron grandes mejoras en infraestructura física. Sin embargo, continuó la exclusión social basada en lo económico, así como por el efecto del desplazamiento de las actividades tradicionales y las limitadas oportunidades de empleo (p. 47).

Se produjo también un proceso de industrialización sostenido. Sin embargo, Thorp señala que hay una gran diferencia entre la industrialización que refleja los intereses del sector exportador y aquella que lidera la economía respaldada por un Estado que asume nuevas funciones. Lo primero es lo que ocurrió en los años treinta. Lo segundo es una descripción adecuada de las economías más grandes de América Latina en los años cincuenta. La Segunda Guerra Mundial marcó un cambio, al que también contribuyó la nueva política de los Estados Unidos, que durante la guerra consideró que el fomento de la industria en América Latina sería útil para sus intereses estratégicos (p. 47).

Trascurridos los primeros cincuenta años del siglo XX, América Latina presentaba un aspecto muy diferente al de principios de siglo. Por ejemplo, el Estado había adquirido diversas herramientas de política económica y se había ampliado la base tributaria. Sin embargo, fueron solo unos pocos Estados los que aceptaron la responsabilidad de fomentar el desarrollo económico, sea ampliando la infraestructura o creando empresas públicas, con fines de defensa (Argentina) o de abastecimiento interno de ciertos insumos estratégicos (Brasil y México). El papel del Estado, dice Thorp, se extendió también al fomento de nuevos empresarios, a menudo «creándolos» bajo el cobijo de contratos públicos para la construcción de infraestructura y servicios públicos (p. 135 ss.). En lo social, la clase media se había convertido en un factor importante en los países más grandes, había aumentado el tamaño de las ciudades y disminuido el analfabetismo, mientras que la prensa y la radio llegaban cada vez con mayor intensidad a todos los ciudadanos.

La industrialización de la región se centró en el mercado interno, lo que coincidía con el interés político y económico de los Estados Unidos que decidió proteger a su industria local. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), bajo la guía intelectual del economista Raúl Prebisch, brindó el apoyo teórico e institucional al creciente consenso sobre la importancia de la industrialización. El argumento fundamental de la CEPAL se centraba en que «el aumento de la productividad debido al progreso técnico industrial en los países del centro no se reflejaba en precios más bajos sino que se retenía allí, mientras que en los países de la periferia, el aumento de la productividad en el sector primario era de menor magnitud y el excedente de mano de obra contribuía a que el nivel de los salarios se mantuviera bajo [...] El crecimiento de la industria ofrecería independencia frente a un sector exportador de materias primas inestable y nada dinámico» (Thorp, 1998, p. 141).

La industrialización impulsada por el Estado y orientada hacia el mercado interno tuvo aspectos positivos y negativos. Por ejemplo, sirvió de complemento en la creación de una clase media y en las mejoras de infraestructura y de diversas instituciones, creando una «clase industrial» de trabajadores y hombres de negocios nacionales, aunque por cierto se produjeron distorsiones e ineficiencias. Si bien el historial de crecimiento global resulta en su conjunto impresionante, el proceso de industrialización estuvo conectado con la extrema desigualdad socioeconómica y no se llegaron a modificar las condiciones esenciales de pobreza y de exclusión (p. 213).

En el periodo comprendido entre 1930 y 1990, la evolución económica del Perú fue muy intensa, aunque llena de importantes contrastes. Estos estuvieron marcados por los ciclos de expansión y caída de los sectores extractivos como la minería, el petróleo y la pesca, y por los cambios tecnológicos en esos sectores. Entre los rasgos que caracterizaron a este periodo se encuentran el crecimiento demográfico,

la extensión de la educación escolar, la inmigración de la sierra a las principales ciudades costeñas, los variados intentos de industrialización, el avance de las comunicaciones y la infraestructura vial, el incremento de la informalidad, el desarrollo de la aviación y la integración del territorio selvático, la existencia de una banca central que controló la emisión monetaria, la mayor labor estatal en las áreas de la salud y el trabajo, la creación de ministerios vinculados a los sectores económicos —como industria y minería—, la aparición alternada de gobiernos democráticos y de dictaduras militares, la continua importancia de la exportación minera, la implantación de una radical reforma agraria que modificó la propiedad de la tierra y la creciente importancia económica del Estado, la leve mejora en la distribución del ingreso y la aparición de movimientos terroristas de gran crueldad que tuvieron un severo impacto en la economía nacional. Como tendremos ocasión de ver más adelante, en la década de 1990 se producirán grandes cambios bajo el impulso del modelo neoliberal. Ahora nos toca ver cómo este cuadro general de desarrollo para América Latina se manifestó en el Perú.

4.2.2. La República Aristocrática (1899-1919)

El balance de tener economías abiertas especializadas en la exportación de materias primas no fue solo el retraso en el crecimiento industrial sino la dependencia del país de un número reducido de bienes primarios, cuyos precios estaban sujetos al nivel de actividad económica en los centros industriales europeos o norteamericanos. Cuando los precios bajaron, el Perú y los países latinoamericanos no pudieron hacer nada para contrarrestar la recesión importada, porque sus economías no estaban diversificadas. Por otro lado, durante este periodo, que va de finales del siglo XIX a principios del siglo XX, se agravó la concentración de ingresos, el Estado favoreció a grupos extranjeros y los beneficios económicos generados solo alcanzaron a un segmento relativamente pequeño de la población.

Después de la guerra con Chile aparece una discusión —que se repetirá frecuentemente en el futuro— vinculada a la participación de la industria y el mercado interno en el desarrollo económico. Los economistas de fines del siglo XIX y principios del XX, dice Martín Monsalve, tendieron a desconfiar de las posibilidades de desarrollo del mercado interno peruano, debido a la escasez de mano de obra libre y calificada, la ausencia de una infraestructura adecuada para el transporte y la fragilidad de los sistemas monetarios y judiciales, a lo que se sumó una frágil interacción entre los sectores financiero e industrial (Monsalve, 2011, p. 240). Sin embargo, se produjo un proceso limitado de industrialización en la ciudad de Lima. Además, si bien con el apoyo del Estado, la iniciativa privada fundó en 1896 la Sociedad Nacional Agraria, la Sociedad Nacional de Minería y Petróleo y la Sociedad Nacional de Industrias.

También en 1897 se adoptó el «patrón oro» y se produjo una concentración del capital financiero en la ciudad capital. Entre 1890 y 1900 se fundaron fábricas de alimentos, bebidas, textiles y otros bienes de consumo, debido a la protección arancelaria y a los crecientes ingresos de la agroexportación, que impulsaron la demanda interna. Fueron los inmigrantes, en especial los italianos, quienes dieron impulso al naciente proceso de industrialización (p. 276).

Durante los últimos años del siglo XIX y los primeros del siglo XX, los grandes propietarios agrícolas, conectados estrechamente con del capitalismo extranjero, tuvieron el control político del país e impusieron un orden social jerárquico y formas laborales serviles en las haciendas de la costa y de la sierra, consolidando su poder económico en torno a la agricultura de exportación y defendiendo una posición contraria a los intentos de industrialización que intentaban medianos capitales.

Por los años veinte, no solo los sectores de exportación de minerales estaban bajo el control del capital extranjero, sino también una proporción creciente de la industria, la banca y los servicios públicos. El dominio del pensamiento liberal se extendió hasta la Gran Depresión de 1929. La respuesta a esta crisis, para aliviar sus consecuencias negativas sobre el empleo y la estabilidad del propio sistema capitalista, fue el intervencionismo estatal, que tuvo su expresión en el *New Deal* del gobierno de Franklin D. Roosevelt en los Estados Unidos, así como en la aparición y consolidación de las ideas económicas de Keynes. En la década de 1930 la mayor parte de los países latinoamericanos entraron en cesación de pagos externos. La industrialización por sustitución de importaciones fue la respuesta a la escasez de bienes que ya no podían importarse por la caída de la capacidad de pagos externos, y a fines de la década del cuarenta América Latina asumió roles que eran inexistentes antes de la crisis (Ferrer, 1998, p. 159).

En el Perú este periodo se distinguió por el logro de una cierta estabilidad política después de los diez años del segundo militarismo, una relativa paz social y la reemergencia del civilismo. La denominación de «República Aristocrática», que se debe a Jorge Basadre, describe una sociedad gobernada por las clases altas, una democracia debilitada y un país todavía socialmente desintegrado. En este periodo, neutralizando o marginando a las capas medias y populares, se abrieron las puertas al capital extranjero, al que el país terminó subordinado, y se establecieron alianzas entre el gobierno y los terratenientes de la sierra, cuyas haciendas eran usualmente de bajísima productividad. Sin embargo, no todos comparten esta denominación, pues otros estudiosos consideran que la clase dominante del Perú de principios de siglo compartía ideales y orígenes sociales más burgueses que aristocráticos, y que estuvieron alejados del espíritu rentista y el culto al honor propios de la aristocracia colonial. Así, para algunos, adoptaron el positivismo científico y aceptaron el riesgo de actividades innovadoras

en el terreno económico, embarcándose en negocios bursátiles, financieros y comerciales (Contreras & Cueto, 2004, pp. 199-200).

Los gobiernos civilistas desaparecieron la contribución personal que pagaban los pobladores andinos, reorganizaron los regímenes tributario y presupuestario y mejoraron la eficiencia administrativa. Promocionaron una economía de exportación de materias primas y la atracción de capitales y de inmigrantes extranjeros. Pensaron que el Estado debía cumplir un rol moderador, promotor e integrador, y que el ejército, la educación y la salud pública debían servir para integrar y formar a la población indígena. El apogeo del civilismo no estuvo relacionado con un estilo de vida cortésano, sino con la creación de instituciones profesionales y empresariales que alimentaron el crecimiento económico y la especialización profesional. De esta manera, entre 1895 y 1915 surgieron organizaciones como la Sociedad Nacional de Industrias, la Sociedad Nacional de Minería, el Colegio de Abogados de Lima, la Sociedad de Ingenieros, la Sociedad Nacional Agraria y la Asociación de Ganaderos del Perú (p. 206).

En este periodo, la economía peruana tuvo una importante diversificación y el sector exportador no fue ya un enclave desintegrado del resto de la economía, sino que demandaba insumos y servicios locales. Las inversiones extranjeras, provenientes en su mayoría de Estados Unidos y Gran Bretaña, se dirigieron principalmente a la minería, desplazando a los capitales nacionales. Dos compañías extranjeras cuyas actividades habrían de tener más adelante importantísimos efectos económicos y políticos fueron la Cerro de Pasco Mining Corporation, que empezó a trabajar en la sierra central en 1902, y la Standard Oil, que en 1913 adquirió campos petroleros en Piura y formó la International Petroleum Company. En el área agrícola, la expansión se dio fundamentalmente en los valles costeros del norte con la caña de azúcar. Varias de las grandes haciendas, que lograron una muy alta productividad, fueron propiedad de inmigrantes o de peruanos descendientes de migrantes europeos, pero no se puede afirmar en este caso —a diferencia de lo que ocurrió con la minería— que los capitales extranjeros desplazaran a los nacionales. En ambos casos, la carencia de fuerza laboral hizo que se estableciera el injusto sistema de «enganche», que trajo con el tiempo serios problemas sociales. La principal contribución de las haciendas azucareras a la economía peruana fue la modernización tecnológica y la formación de capital, que hizo posible que sus propietarios incursionaran en negocios como bancos, seguros y empresas textiles. Sin embargo, la comercialización de los productos mineros y agrícolas estuvo principalmente en manos de compañías extranjeras. Durante esta época se produjo una extraordinaria bonanza en la Amazonía por la explotación del caucho, lo que dio lugar a grandes abusos hacia los indígenas; también se desarrolló la ganadería y la exportación de lana desde la sierra centro y sur peruana.

En este periodo las élites urbanas mostraron claros signos de prosperidad y se fundaron las primeras federaciones y sindicatos obreros. Se inició la lucha por la jornada laboral de ocho horas y apareció un conjunto de revistas y de círculos de corte obrero y anarquista. Destacados intelectuales como Manuel González Prada, José Matías Manzanilla, Abelardo Gamarra y Francisco Mostajo iniciaron una crítica al proyecto civilista y rompieron el cuasi monopolio de la inteligencia que el Partido Civil había tenido en las décadas anteriores. Se inician también un conjunto de protestas sociales por las malas condiciones laborales, tanto en las haciendas como en las minas, y los intelectuales de la llamada «Generación del 900» propugnaban el estudio científico de la realidad nacional, influidos por ideas de modernización económica y política inspiradas en parte en las ideas positivistas europeas. Se comienzan a realizar esfuerzos significativos en materia educativa y surge la preocupación por la educación física y el deporte. «Con el desgaste de la sucesión de varios gobiernos, el aparato productivo jaqueado por las luchas laborales y seriamente cuestionada la hegemonía intelectual del civilismo, la República Aristocrática se resquebraja definitivamente» (Contreras & Cueto, 2004, p. 231).

4.2.3. El oncenio modernizador de Leguía (1919-1930)

El sentimiento amargo generado por el mal reparto de la riqueza generada por el modelo económico de la República Aristocrática fue aprovechado por Augusto B. Leguía para llegar a la presidencia en 1919 y derrotar al representante del Partido Civil Antero Aspíllaga, lo que no fue impedimento para que antes de tomar el poder propiciara un golpe de Estado que le permitió disolver el Congreso, convocar a otro y posteriormente ser declarado presidente constitucional por cinco años. Se reeligió como candidato único en elecciones controladas en 1924 y 1929.

Leguía, a pesar de su pasado civilista, representó la aparición de nuevos grupos e intereses, tanto locales como empresariales y profesionales, que tenían su origen en las clases medias urbanas que pensaban serían los llamados a reemplazar a la oligarquía exportadora civilista para la modernización del país. Su régimen abrió las puertas al capital extranjero, sobre todo norteamericano, concentró en el Poder Ejecutivo el manejo de gasto público, y rompió con la austeridad y control fiscal de los gobiernos anteriores, dando lugar a una extendida corrupción. El régimen de Leguía significó una modernización del Estado, expandió la burocracia estatal, incrementó los impuestos a la exportación y realizó acciones importantes en materia de salud, educación y tecnología agrícola. Se desarrollaron importantes obras de irrigación, se inició la construcción de la carretera Panamericana y se dio inicio a la aviación comercial. Leguía resumió su política nacional con la siguiente frase: «En la costa, irriego; en la sierra, comunico; en la selva, colonizo» (p. 240).

Promulgó la llamada Ley de Conscripción Vial, en virtud de la cual los pobladores andinos fueron compelidos a laborar en la construcción de carreteras, reviviéndose una especie de mita colonial que fue instrumento de opresión y abusos. Sin embargo, la economía siguió dependiendo de las exportaciones sin que llegara a instalarse un verdadero desarrollo económico, pues se descuidó el mercado interno y la redistribución de los ingresos, aunque se produjeron intentos para cambiar esa tendencia. Desde esta perspectiva, el Perú era todavía una Nación en formación.

Durante el gobierno de Leguía se modernizó y embelleció Lima, hubo un importante crecimiento de las clases medias urbanas y se solucionaron varios problemas limítrofes con países vecinos. El movimiento indigenista, resultado de la emergencia de un nacionalismo regional y étnico que buscaba la construcción de una nueva identidad nacional, tuvo influencia diversa. Un factor importante en la economía fue la labor de la misión presidida por el profesor estadounidense Edwin Kemmerer, que hizo una serie de propuestas sobre regulaciones y reformas bancarias, presupuestales, de política monetaria, de aduanas y de impuestos, aunque solo algunas de ellas fueron adoptadas, entre ellas el establecimiento de la Superintendencia de Banca y Seguros y la constitución del BCR.

Durante el régimen de Leguía surge la Alianza Popular Revolucionaria Americana-APRA, como organización antiimperialista continental liderada por Víctor Raúl Haya de la Torre. Su organización en el Perú fue el Partido Aprista Peruano, que propiamente se constituyó como tal en setiembre de 1930. Basadre destaca el carácter antiimperialista de la ideología original del APRA, que:

Aunque pudo haber estado influido por la Revolución China en la época de Sun Yat Sen y por los partidos europeos de la primera posguerra, Haya de la Torre han reconocido como puntos de partida para su movimiento solo la Reforma Universitaria surgida en Córdoba en 1918 [...] y la Revolución Mexicana. La denuncia del imperialismo como el gran enemigo no apareció acompañada por el odio al pueblo estadounidense y llevó consigo la aclaración, que en años posteriores a 1933 se hizo más clara, de que ese fenómeno, el imperialismo, ostenta, dentro de su acción económica, un sentido ambivalente que comporta peligro pero trae también progreso para los países de economía retardada. Al lado de esta prédica, Haya de la Torre, hizo, sobre todo en su primera época, la condena del feudalismo, en su concepto el verdadero vencedor en la guerra de la Independencia indoamericana, culpable del fraccionamiento continental en veinte repúblicas aisladas, aliado del imperialismo. Del conflicto entre la comunidad y el latifundio, base, este último y fondo de la unidad del civilismo, habló, por ejemplo, en su discurso del 23 de setiembre de 1926 en París que glosó y amplió en su mensaje al Grupo Renovación del Cuzco en 1927. Al repudiar tanto al imperialismo como

al feudalismo, el aprismo enarboló la bandera de la unidad continental política y económicamente y fue el primero y único partido en nuestro continente que tuvo ese enunciado principal de su programa, por lo cual fue declarado en el Perú «partido internacional» (Basadre, 1999, XII, p. 3059).

Por lo demás, en los libros de Haya de la Torre posteriores a 1930 se puede leer el anuncio de una revolución social para edificar el «Estado antiimperialista» sobre un capitalismo de estado científicamente planeado y una democracia funcional erigida sobre las categorías del trabajo. Ello implica una ulterior abolición del sistema capitalista» (p. 3059).

La política del gobierno de Leguía dio lugar a un creciente déficit fiscal, pues los gastos —muchos de ellos invertidos en obras improductivas— crecieron más que los ingresos, lo que fue financiado con un mayor endeudamiento. La crisis mundial de 1929 afectó grandemente a la economía nacional, especialmente en su sector moderno, al disminuir las exportaciones y replegarse las inversiones, y se suspendió la construcción de diversas obras públicas, se redujeron los salarios y aumentó el desempleo. Esto dio lugar a diversas movilizaciones, algunas de gran violencia, todo lo cual marcó el inicio del fin de su gobierno. La crisis generó pesimismo, en parte por la ausencia de población educada y la existencia mayoritaria de analfabetos. En 1930, un golpe de Estado encabezado por el teniente coronel Luis Sánchez Cerro derrocó y encarceló a Leguía, quien falleció privado de su libertad en una clínica en condiciones inhumanas. Con Sánchez Cerro se abrió un periodo de persecución política del APRA, de guerra civil y de predominio de la ideología de la sociedad cerrada y oligárquica, apoyada por el ejército y la Iglesia Católica.

4.2.4. El tercer militarismo y los gobiernos de Prado y Bustamante

El llamado tercer militarismo se inicia en 1930 con el gobierno de Luis M. Sánchez Cerro y continúa hasta 1939 con el del general Oscar R. Benavides. Este periodo fue afín a los intereses de los grupos económicos más poderosos y los sectores más conservadores del país, y no se aprovechó para modernizar el aparato estatal y hacer más ágil la economía del país (Pease, F., 2003, p. 191). En 1939 se inicia el gobierno de un civil, Manuel Prado, pero su elección y gobierno estuvieron marcados por el régimen político que lo precedió. Se ha visto a este periodo como la continuidad del orden oligárquico, pero para matizar esta afirmación debe reconocerse que fueron creciendo las clases medias, la castellanización del país hizo grandes avances, nació una industrialización orientada al mercado interno, el Estado inició políticas sociales y el Perú empezó a transformarse de un país serrano y rural a uno básicamente costero y urbano (Contreras & Cueto, 2004, p. 262).

Durante este periodo, el país empezó a recuperarse de la crisis económica mundial de 1929, incrementando sus exportaciones en manos de nacionales y dando lugar al crecimiento de actividades de mediana y pequeña escala que daba lugar a una mejor redistribución de los beneficios que generaba. Esto alentó las expectativas de que el Perú pudiera tener menos dependencia económica del exterior y fuera posible iniciar un desarrollo industrial sostenido, y en este sentido se dictaron medidas aduaneras que protegieron la producción industrial local. En la minería, disminuyó la importancia productiva de las compañías extranjeras, lo que dio lugar al surgimiento de empresarios nacionales en la explotación de nuevos metales. En síntesis, se incrementó la intervención estatal en la economía y las relaciones laborales, y existió un cierto apoyo a la industrialización. Se dio inicio a la banca de fomento con la creación del Banco Agrícola en 1931 y del Banco Industrial en 1936. En 1935 se crearon los ministerios de Educación, y de Salud Pública, Trabajo y Previsión Social, y en 1936 se dictó el nuevo Código Civil. En el ámbito de la política internacional, el inicio de la Segunda Guerra Mundial dio lugar a un acercamiento político y cultural hacia los Estados Unidos, con el que se incrementó el comercio exterior.

Como señalan Contreras y Cueto, «esta influencia norteamericana fue particularmente visible en el hecho de que el Perú aceptó los controles de precios establecidos por los Estados Unidos durante la Segunda Guerra para ciertas exportaciones de materias primas, de manera que se redujeron los ingresos por este rubro en comparación de lo que hubiera podido obtenerse en un mercado libre» (2004, p. 270).

El régimen de Manuel Prado (1939-1945) trató de promover limitadamente la industrialización nativa, el crecimiento del mercado interno y el papel del Estado en la economía. Tuvo un carácter más populista y redistributivo que el gobierno anterior, e incluso llegó a establecer salarios mínimos y un control de precios de artículos de primera necesidad. Se crearon corporaciones de desarrollo que descansaban en la idea de que el Estado debía intervenir donde la iniciativa privada no llegaba, o en sectores considerados estratégicos, dando inicio a la creación de empresas públicas que en décadas posteriores llegarían a tener gran importancia económica.

Siempre siguiendo a Contreras y Cueto (2004), el censo de 1940 resultó en una población de 7 023 111 habitantes, distribuida en un 35% urbana y 65% rural, con predominio de la población juvenil. Lima arrojó la cantidad de 540 100 habitantes. De este censo puede decirse que la urbanización y mestizaje en el país estaban en marcha, aunque todavía existía una alta proporción de población analfabeta (59%). El principal componente del PBI era la producción agrícola y ganadera (32%), seguida por el comercio (15%), la minería (12%), la industria (12%) y los servicios (12%). Se produjo también un renovado interés por el desarrollo de la región amazónica, pero en general esta siguió un lento proceso de modernización en el cual la frágil colonización interna se combinó con la emergencia de grupos e intereses locales.

La relativa estabilidad política de este periodo y las mejoras en la economía, que fueron compartidas prácticamente por toda América Latina, no fueron aprovechadas en el Perú para fundar un tipo de economía menos dependiente de la exportación primaria, pues ello exigía un proyecto que se encarnara en un grupo social capaz de llevarlo a cabo.

Después de un triunfo electoral no cuestionado, se inicia en 1945 una etapa democrática liberal con el gobierno de José Luis Bustamante y Rivero, que «tuvo importantes elementos de ruptura con los gobiernos que lo habían precedido, sobre todo en el terreno político, pero fue incapaz de crear un sistema económico, una alianza política y una convivencia social estable. Por ello acabó abruptamente con otro golpe militar, en 1948, que reanudó el militarismo que había regresado con Sánchez Cerro» (p. 286). Bustamante gobernó con una agrupación denominada Frente Democrático Nacional, conformada por el APRA, comunistas, políticos independientes y destacados intelectuales del sur, composición heterogénea y de reformismo moderado, que en verdad fue una alianza endeble que terminó en ruptura. El APRA tuvo el control del Congreso, pero no significativa presencia en el Poder Ejecutivo. Sin embargo, ese partido propugnó diversas medidas de control económico y una activa movilización sindical, lo que alentó la confrontación. El gobierno de Bustamante intentó reforzar la presencia del Estado en la economía y promover la industrialización, y dictó una legislación dirigida a reconocer los derechos laborales, brindar mayor acceso a la educación y a la salud pública, redistribuir la riqueza nacional a través de la regulación de precios e importaciones por parte del Estado y, entre otros, el congelamiento de los alquileres. A través del Ministerio de Hacienda se pusieron en práctica un conjunto de medidas de control estatal de inspiración aprista, tales como restricción a las importaciones y control de cambio, con traumáticas consecuencias para la economía nacional.

Con la ley de Yanaconaje de 1947 se trató de imponer la remuneración salarial en las haciendas, se establecieron una serie de mecanismos de control de cambios y otras medidas similares, que a la postre fueron inoperantes para contener los desequilibrios económicos acumulados, que llevaron a un grave desabastecimiento, creciente mercado negro, corrupción e inflación. Estos factores socavaron cualquier intento serio previo de industrializar el país, y la crisis económica dio lugar a un enfrentamiento entre las clases sociales. Las élites económicas defendían a ultranza el liberalismo económico, en una coyuntura económica que ya empezaba a deteriorarse. En octubre de 1948 se sublevó en Arequipa el general Manuel Odría, exministro de Bustamante, cuyo gobierno, un esfuerzo fallido de instauración de un gobierno democrático liberal en el Perú, terminó con un golpe militar (p. 293).

4.2.5. Los intentos desarrollistas

El ciclo de políticas industrialistas moderadas concluyó definitivamente en 1948 con el inicio de la dictadura derechista de Odría. Como señalan Thorp y Bertram, la economía peruana desde 1948 hasta fines de la década de 1960 fue un modelo de desarrollo ortodoxo: «Un sistema orientado por las exportaciones, en el cual las dificultades cíclicas de la balanza de pagos se controlaban a través de contracciones de la demanda interna y devaluaciones cambiarias; un sistema en el que tanto la entrada de capital foráneo como la repatriación de las utilidades eran prácticamente irrestrictas y en el que la participación e intervención estatales eran mínimas» (Thorp & Bertram, 1988, p. 311).

Esas políticas, que sin duda fueron exitosas, promovieron la inversión privada y se alcanzaron altas tasas de crecimiento, impulsadas principalmente por el sector exportador. Durante esos años el PBI creció en promedio un 6,9% anual, y la tasa de inversión aumentó de 14,6% del PBI en 1948 a 21,9% en 1957, una de las más altas registradas en el mundo de ese entonces. Sin embargo, esas políticas no solucionaron los serios problemas de desigualdad, y por tal razón no fueron sostenibles en el tiempo. En los años sesenta, el economista Richard Webb manifestó que el Perú seguía siendo un país con extrema desigualdad, caracterizado por tener «una industrialización incipiente, una herencia colonial de relaciones sociales y de clase altamente estructuradas y sectores modernos y tradicionales muy contrastados» (Webb, 1975, citado en Zegarra, 2014, p. 66). Todo ello tuvo un significativo impacto en el mercado político.

La alternativa para quienes deseaban un cambio fue el desarrollo dirigido por el Estado mediante una fuerte inversión pública, fomento de la industrialización, protección contra la competencia extranjera y protección de muchas áreas vinculadas a lo social (Sheahan, 2001, pp. 25-26). El Perú, que se unió tardíamente al proceso de industrialización por sustitución de importaciones, no tuvo propiamente un Estado desarrollista, ya que sus políticas de industrialización estuvieron teñidas por la ideología liberal. Se caracterizó, además, por un muy pobre aporte en cuanto a innovación tecnológica y una severa dependencia de la exportación de materias primas.

Es preciso recordar que el proyecto económico de las décadas de 1930 y 1940 hizo posible el nacimiento de buena parte de la industria nacional, pero con la dictadura de Manuel A. Odría (1948-1956) se retomó una política más liberal que combinó la represión y el autoritarismo con el paternalismo clientelista y la persecución a los opositores al régimen. Dicho proceso fue funcional a los intereses de la oligarquía durante toda la década de 1950, en un ambiente económico favorecido por la coyuntura económica mundial que en el Perú se manifestó en un importante crecimiento de las exportaciones y la inversión extranjera, sobre todo norteamericana. Se dictaron

nuevos códigos de minería y petróleo en 1950 y 1952 respectivamente, se amplió la infraestructura y cobertura de servicios públicos, sobre todo en salud, vivienda y educación, campo fértil para los populismos de cualquier tendencia. Según Pease, tres asuntos influyeron fuertemente en la recuperación económica: la apertura a la inversión extranjera en la minería, el incremento de la producción agrícola destinada a la exportación (específicamente azúcar, algodón) y el inicio de la guerra de Corea. Dice Franklin Pease: «Una vez más, la política económica entraba en un juego pendular: de un esquema proteccionista, confundido con nacionalista, limitador de la inversión extranjera y, en consecuencia, de la posibilidad de retornar capitales a los inversionistas (exportación de ganancias), se pasaba a uno más liberal, que estimulaba la inversión extranjera, permitía la repartición de capitales y regalías, a la vez que premiaba la exportación de productos (en el caso del Perú, agrícolas y mineros)» (2003, p. 214).

La migración interna fue muy intensa y convirtió al Perú en un país con un perfil predominantemente mestizo, urbano y costeño. El desborde popular, como lo denominó Matos Mar (1984) dio lugar a invasiones de tierras y al nacimiento de los denominados «pueblos jóvenes», dado el nulo acceso al crédito de la población migrante y a su imposibilidad de pagar alquileres debido a sus bajos ingresos. Durante este periodo hubo una impresionante difusión de la radio, lo que dio lugar a la aparición de figuras populares de la canción vernácula, así como también de una floreciente actividad comercial y el inicio del comercio informal. Estas transformaciones dieron paso a la aparición de un nuevo personaje social, el mestizo ilustrado, lo que dio lugar a un proceso denominado «cholidificación», que se ha consolidado con el transcurso del tiempo.

En 1956 Manuel Prado volvió al poder y en el plano económico continuó con el modelo de desarrollo liberal, sin retornar al aliento a la industria local que había caracterizado a su primer gobierno. Sectorialmente, hay que destacar que había terminado la bonanza del comercio exterior. El aspecto agrícola, y en parte como consecuencia de una mayor participación de los miembros de las comunidades campesinas en los beneficios de la educación, se inició la agitación agraria en las zonas altoandinas para recuperar tierras. En consecuencia, se constituyó una comisión de alto nivel para estudiar y formular propuestas destinadas a efectuar una reforma agraria. El censo de 1961, de otro lado, dio una población total de 9 906 746 habitantes, de los cuales el 48% era población urbana.

La minería estaba dominada por las empresas extranjeras de petróleo, hierro y cobre, pero la oligarquía había consolidado su dominio en la agricultura de exportación, con modernos latifundios azucareros y algodoneros ubicados principalmente en la costa norte y central del país (Contreras & Cueto, 2004, p. 308). También la producción pesquera y las exportaciones de harina de pescado, mayoritariamente

en manos de peruanos, se incrementaron en forma significativa, lo que en el año 1964 convertiría al Perú en el primer país pesquero del mundo.

Las elecciones de 1962, cuyo primer lugar obtuvo Haya de la Torre seguido a corta distancia por Fernando Belaunde Terry, del partido Acción Popular, terminaron en un golpe de Estado, porque las Fuerzas Armadas, aduciendo irregularidades en la votación, mantuvieron su veto al APRA. Este golpe militar fue una acción institucional, no caudillista, y durante su breve periodo puso en vigencia la primera Ley de Bases de la Reforma Agraria y se impulsó la creación del Instituto Nacional de Planificación. Para encarar la convulsión social en el sur peruano con las tomas de ocupaciones de tierras y huelgas campesinas, se decretó la reforma agraria en los valles de La Convención y Lares (Manrique, 2011, p. 186).

Con el tácito apoyo de las Fuerzas Armadas, Fernando Belaunde Terry ganó las elecciones de 1963 e inició, entre grandes promesas, un gobierno que debía durar seis años. Belaunde llamó a elecciones municipales después de muchas décadas. Debió enfrentarse a una mayoría en el Congreso conformada principalmente por el APRA, aliada esta vez con la derecha representada por el odriísmo. Acción Popular promovía la participación comunitaria en la construcción de obras públicas, una agresiva política de integración territorial mediante carreteras, principalmente en la selva, y una industrialización por sustitución de importaciones que tuvo relativo éxito.

El paquete de las reformas del nuevo régimen, que incluía el arreglo de la cuestión del petróleo, especialmente del enclave de la Internacional Petroleum Company en Talara, contemplaba además obras de vivienda popular y apoyo a la industria nacional, lo que incluyó la creación de parques industriales en Arequipa y Trujillo, y una reforma agraria limitada que el Congreso sin embargo modificó hasta hacerla irreconocible. La clase media creció y el mercado interno adquirió una importancia que no había tenido anteriormente. Acción Popular buscó en el mercado internacional recursos financieros para sus ambiciosos programas de inversión pública, lo que dio lugar a que la deuda externa creciera fuertemente.

Las expectativas iniciales se fueron difuminando conforme pasaban los años de gobierno. Durante ese periodo el Estado enfrentó a guerrillas de ideología marxista en diferentes partes del país, y sus repetidos desaciertos en política económica impidieron desarrollar su programa con coherencia. Fueron decisiones importantes la creación del Banco de la Nación y el nuevo aeropuerto de Lima. «La crisis económica de 1967 marcó el comienzo del fin. La sequía en la costa, el agotamiento de divisas tras sucesivos años de déficit del comercio exterior y de disminución de la inversión extranjera, desembocaron en una traumática devaluación del sol, que de 27 soles por dólar, pasó a 39. La crisis fiscal se tradujo en elevación de impuestos y paralización de importantes obras públicas, con el consiguiente desempleo. Un largo e importante

ciclo de expansión económica iniciado en la post guerra mundial se vio de esta manera interrumpido» (Manrique, 2011, p. 320).

Cabe señalar que durante el primer gobierno de Belaunde (1963-1968) la política estatal comenzó a verse desbordada por el movimiento social debido a varios factores, entre ellos, la inexistencia de un liderazgo empresarial coherente y consistente que diera rumbo económico al país y atendiera las demandas de los nuevos sectores medios y populares. Se había formado una población marginal, postergada y discriminada proveniente del interior, que no había podido ser adsorbida en la economía urbana debido a su bajo nivel educativo, lo que dio espacio a propuestas populistas.

4.2.6. El Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980)

El régimen militar de los años setenta intentó tardíamente reivindicar el rol del Estado desarrollista —modelo CEPAL— introduciendo una serie de reformas y políticas públicas nacionalistas, pero fracasó en su intento. La reforma agraria de la década de 1970, promovida y ejecutada por ese gobierno, fue, en ese contexto, un esfuerzo para ampliar el mercado en el Perú, pero no dio el resultado esperado y más bien aceleró el desborde popular con la masiva migración de la población rural a las ciudades. Se produjo entonces un aumento de empleos informales y una presión a los gobiernos para la creación de empleos, el abandono del sector exportador y del agro, y la expansión hipertrófica del Estado en la economía, desplazando al sector privado (Baer, 2002, pp. 28-29).

El gobierno que surgió del golpe de Estado se autodenominó «Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada» y buscó implantar reformas que los partidos reformistas como el APRA y Acción Popular habían prometido y no habían querido o podido cumplir, poniendo en marcha una tercera vía, «ni capitalista ni comunista», denominada también «capitalismo de Estado». El régimen militar devolvió la iniciativa política al Estado, mediante un proyecto autoritario de modernización dirigida. Se trató de un militarismo republicano de nuevo cuño. Sus componentes se habían acercado al estudio de la realidad social y económica, y por tal motivo buscaron tener una posición más deliberante, lo que fue sin duda alentado por una clase política mezquina y poco representativa de las clases emergentes que buscaban encontrarse con la modernidad. Esa oficialidad se consideró nacionalista y en más de un caso estuvo influida por posiciones radicales de izquierda, que participaron en un gobierno para el cual, al igual que los militares, no tenían experiencia en el manejo económico nacional e internacional. Los miembros de las Fuerzas Armadas, en especial los del Ejército, se convirtieron en agentes políticos e hicieron que sus instituciones actúen como un sector influyente y deliberativo. Una de sus primeras acciones fue tomar las instalaciones petroleras de Talara en manos de la Internacional Petroleum Company y crear la empresa pública Petroperú.

La economía peruana tradicional seguía un modelo primario exportador y la base industrial para el mercado interno era débil y dependiente de importaciones que requerían para satisfacer las necesidades de consumo de la creciente población urbana. El gobierno profundizó el modelo económico de industrialización por sustitución de importaciones, que no alcanzó el éxito esperado y tuvo, en varios rubros, efectos negativos sobre los consumidores, que pagaban más por productos de consumo masivo de menor calidad que los importados.

La dictadura militar tuvo dos etapas muy diferenciadas. La primera liderada por el general Juan Velasco Alvarado (1968-1975), que impulsó profundas reformas estructurales y la segunda presidida por el general Francisco Morales Bermúdez (1975-1980), quien derrocó a Velasco en agosto de 1975³⁰. Durante esos años no hubo Congreso, ni judicatura independiente. La Constitución de 1933 quedó subordinada al Estatuto del Gobierno Revolucionario. Los medios de comunicación fueron tomados por el gobierno, clausurándose así la libertad de expresión. Se procuró, sin mayor éxito, organizar a los movimientos campesinos, laborales, estudiantiles y profesionales. Fue un gobierno autoritario que impuso un modelo político de sociedad cerrada, pero que paradójicamente impulsó reformas que facilitaron el desborde de nuevos actores sociales tradicionalmente excluidos en el Perú.

Tal como señalan Miguel Jaramillo y Rosa Huamán,

El gobierno revolucionario de las fuerzas armadas tenía sus objetivos claros, lo que no tenía claro era la forma de conseguirlos. Básicamente, recogía todos los reclamos de justicia social, redistribución de la riqueza y rompimiento de la dualidad económica y cultural de un Perú urbano y moderno, así como de otro tradicional y atrasado, al mismo tiempo que se discutía la recuperación de la soberanía sobre nuestros recursos, así como otras reivindicaciones que habían venido esbozando y reclamando los partidos de izquierda y el aprismo desde los años 20. Varias décadas habían pasado y casi nada se había conseguido, a pesar del constante crecimiento económico del país; por lo tanto, se entendía que era una cuestión de decisiones firmes y acciones concretas. El tiempo les mostraría que se necesitaba mucho más (Jaramillo & Huamán, 2014, p. 254).

El eje de las reformas fue la transformación de la estructura de la propiedad en los sectores productivos, buscando romper el monopolio que la dupla oligarquía-capital extranjero tenía sobre los principales recursos naturales (p. 255). Ello terminó en una política de nacionalizaciones en virtud de la cual muchas empresas y recursos productivos privados pasaron a poder del Estado, y se crearon empresas públicas como

³⁰ Una versión sobre las características de la administración de la primera etapa y del derrocamiento del general Juan Velasco se encuentra en Zapata, 2018.

Pesca Perú, Sider Perú, Centromin, Epchap, Entel Perú y Electro Perú, entre muchas otras, y los ferrocarriles volvieron a manos del Estado. De esta forma, la economía del sector público llegó a representar en 1977 el 50% del PBI de la Nación. El dilema entre la eficiencia empresarial y la justicia social era resuelto a favor de esta última, pero sin considerar la sostenibilidad económica del proyecto y sin contar casi nunca con la información necesaria para estimar el costo que implicaban las decisiones tomadas (Contreras & Cueto, 2004, p. 331).

El Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada realizó una radical reforma agraria, que era una vieja demanda ante la desigual distribución de la propiedad de la tierra y la miseria en el campo. La reforma prácticamente no tuvo resistencia. No menos del 76% de las tierras cultivables correspondían a solo 0,5% de las unidades agrícolas, pero no había consenso en torno a cómo realizar una reforma agraria que, sin embargo, terminó siendo una de las más radicales del continente, pues no solo se expropiaron latifundios sino también la mediana propiedad. Hasta 1979 habían sido expropiadas 9,1 millones de hectáreas de los treinta millones que tiene el país, afectando a 16 000 fundos. La expropiación comprendió no solo las tierras, sino además la maquinaria, el ganado y las instalaciones industriales y civiles. Si bien se contempló una indemnización a los propietarios, estos debieron aceptar frecuentes subvaluaciones, un pago mínimo en efectivo y el resto en bonos con una tasa de interés muy baja, los cuales hasta ahora se encuentran en su mayoría impagos. Si bien se minó la tradicional estructura de la propiedad agrícola y se atenuó el racismo, los principales objetivos de la reforma no se cumplieron, pues aunque más de 350 000 familias campesinas fueron beneficiarias, estas alcanzaban solo a la cuarta parte de la población rural y se dejó sin protección a los más pobres, que no tuvieron ya a quien acudir. Muchos fundos se convirtieron en cooperativas y en formas asociativas tuteladas por funcionarios estatales, que terminaron casi en su totalidad con pésimos resultados económicos y funcionarios corruptos en la Administración, lo que creó en los campesinos el desánimo propio de un sistema donde no existía una retribución directa al esfuerzo personal. En síntesis, se trató de una de las transformaciones más radicales de la vida republicana realizada pacíficamente; la oligarquía agraria agotó su ciclo histórico; los modelos asociativos impuestos fracasaron por falta de apoyo del propio campesinado beneficiado, que constituía una minoría, y por la mala administración; se aceleró la migración de la sierra hacia las ciudades costeñas; persistió la demanda por la propiedad individual de la tierra; y, si bien la producción agropecuaria se resintió, no cayó a niveles catastróficos.

La denominada «segunda fase», presidida por Morales Bermúdez, fue un gobierno distinto que frenó las reformas y se caracterizó por una crisis económica permanente. A ello se sumó la protesta social y el reclamo por el regreso a la democracia.

Carlos Parodi (2000, p. 149) señala que durante este periodo el crecimiento fue sostenido por el financiamiento externo, que se utilizó de forma improductiva aumentando los costos sociales por la postergación de ajustes necesarios. Los sucesivos ajustes de precios redujeron la confianza en el gobierno y generaron un déficit fiscal por la reducción de los ingresos. Esto dio lugar a que la tercera vía planteada por Velasco fracasara y se retomara lentamente la confianza en los mecanismos del mercado.

De otro lado, Contreras y Cueto afirman sobre esa grave crisis que:

La crisis económica se desencadenó por causas similares a las del pasado. La recuperación de los salarios reales y la ampliación del mercado interno en virtud de las reformas en la propiedad, llevaron a una mayor demanda de alimento y bienes de consumo. La agricultura, bajo el sacudón de la reforma agraria, no pudo responder a esa mayor demanda y hubo de procederse a la importación de alimentos. La industria, por otro lado, era muy dependiente de maquinarias e insumos importados, por lo que la presión sobre las divisas se tornó agobiante. El sector exportador había perdido dinamismo por las estatizaciones y la ausencia de inversión privada y extranjera. La única excepción fue el hallazgo de nuevos yacimientos petroleros en la selva (explotados por la Occidental Petroleum bajo un modelo de contrato más equitativo para el país y aceptado por la empresa extranjera a causa de la crisis del petróleo desatada por la Organización de Países Exportadores de Petróleo —OPEP desde 1973), pero para poder sacar provecho de ellos había de construir un costoso oleoducto, que recién estuvo disponible al terminar la década (Contreras & Cueto, 2004, p. 342).

Jaqueados por izquierda y por derecha, en 1978 los militares llamaron a elecciones para una Asamblea Constituyente. Fruto de esta elección, el APRA obtuvo la mayoría de la Asamblea, y aunque la izquierda radical obtuvo una alta votación, el Partido Aprista llegó a un acuerdo con el Partido Popular Cristiano, socialcristiano de derecha. El contexto histórico de la Constitución del 79 y el debate constitucional de ese periodo es desarrollado en la sección 3 del capítulo 7 del presente libro.

Un balance del gobierno militar de los años setenta muestra un retroceso importante en la productividad agraria, la retracción de la inversión privada, un alto endeudamiento externo y un fuerte gasto militar. También la liquidación de la oligarquía latifundista y la adopción de políticas económicas desarrollistas, dando énfasis a la planificación y la carrera pública, y estableciendo una política internacional independiente de los Estados Unidos. Además, homogeneizó las relaciones sociales, propiciando la movilización social y dando lugar a cambios culturales importantes, pero el ingreso por habitante se mantuvo prácticamente igual. Como se apreciaría años después, muchas de las medidas tomadas por el gobierno militar descalabraron

el aparato productivo y de servicios del país en forma irreversible, con efectos que no pudieron ser superados durante más de una década, coadyuvando al crecimiento de una economía subterránea vinculada en ocasiones a prácticas ilegales. A todo ello se sumó un efecto negativo al que se le ha dado poca importancia: canceló o impidió la renovación de la clase política, lo que se apreciaría años más tarde.

Sin embargo, cabe poner de relieve que Thorp y Bertram llaman la atención acerca del proceso reformista iniciado en el Perú en 1968 hasta mediados de los años setenta, al que califican como uno de los intentos más interesantes y serios en América Latina para romper con ciertos aspectos del sistema internacional y encontrar una ruta más independiente al desarrollo romper con el sistema capitalista (Thorp & Bertram, 1988, p. 21).

4.2.7. Los frustrados intentos democráticos de los años ochenta

El resultado de las elecciones de 1980 dio como ganador nuevamente a Fernando Belaunde Terry, quien en el poder optó por convivir con la mayor parte de las reformas heredadas del gobierno militar, salvo en lo que se refiere a una nueva ley de minería y petróleo que trató de atraer mayor inversión extranjera. En efecto, la clase política y los dirigentes empresariales no encontraron los mecanismos para modificar las reformas efectuadas durante el gobierno militar anterior. Belaunde, en este segundo mandato, restauró sus programas de vivienda para la clase media y se alejó del proteccionismo del gobierno anterior. Sin embargo, su margen de maniobra fue escaso debido al déficit fiscal, el monto de la deuda externa, la crisis de la producción agraria, el peso de la burocracia, el inicio de las acciones subversivas del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso y del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) y el fenómeno del Niño de 1983.

Debe advertirse que, como consecuencia de la reforma agraria, muchos propietarios de tierras salieron de las sociedades rurales en las que habían vivido y no hubo quién ocupara sus puestos para reactivar la producción, lo que contribuyó a que en esas zonas la pobreza alcanzara altos niveles. Contreras y Cueto describen el contexto del origen del senderismo:

Era la agonía por consunción de una civilización rural que, fundada ya en el siglo XVI, no había recibido mayores cambios que el de la desaparición de las haciendas [...]. En ese escenario «medieval» surgieron «caballeros andantes» que se lanzaron, dinamita en ristre, a enderezar entuertos. Estos eran intelectuales locales, maestros de escuela y universitarios que eran en varios casos hijos de la clase terrateniente empobrecida después de la Reforma Agraria de Velasco. Habían abrazado el maoísmo y querían hacer del Perú un país campesino colectivista (Contreras & Cueto, 2004, p. 350).

Así, el principal movimiento terrorista, Sendero Luminoso —de ideología maoísta—, procuraba imponer un régimen totalitario y genocida. Entre 1980 y 1984 sus acciones se restringieron al departamento de Ayacucho, aunque posteriormente se trasladaron a otras partes del territorio nacional y a Lima. En 1983 las Fuerzas Armadas fueron convocadas a combatir la subversión, lo que dio inicio a un cruento conflicto armado interno en las zonas declaradas en estado de emergencia, que duraría diez años y causaría devastación y zozobra (p. 352).

En 1985 las elecciones fueron ganadas por el APRA con su joven líder Alan García Pérez, quien impulsó una política de protección a la industria nacional incrementando los aranceles y controles a las importaciones. Al inicio, sus políticas económicas —denominadas heterodoxas— resultaron exitosas y populares, pero el control de precios y el congelamiento del tipo de cambio hicieron que creciera el déficit fiscal y comenzara una inflación galopante que alcanzó récord mundial. Entre otras consecuencias, hizo que desapareciera el crédito de consumo, se retrajera el comercio, se produjera escasez de alimentos y medicinas, surgiera el mercado negro y aumentara significativamente el desempleo y la pobreza crítica. El agotamiento del modelo desarrollista de sustitución de importaciones tuvo un impacto negativo en la balanza comercial, lo que afectó seriamente la estabilidad macroeconómica³¹. El gobierno de García no promovió una reforma que sirviera de nexo entre un programa de corto plazo y uno que transformara la economía, lo que mantuvo los desequilibrios macroeconómicos.

García quiso enfrentarse al capitalismo internacional limitando, entre otras acciones, el pago de la deuda externa a una proporción de 10% de las exportaciones. Esto implicaba dejar la deuda impaga en gran parte, con lo cual el Perú dejó de ser sujeto de crédito internacional y se paralizaron muchas obras públicas. Durante su gobierno, los grupos de poder económico llegaron a un nivel máximo de poder político y económico, y en 1986 García convocó a un grupo de empresarios a quienes la prensa denominó «los doce apóstoles» para concertar inversiones (Durand, 2007, p. 151). El gobierno populista de García rompió con ellos en julio de 1987 e intentó estatizar la banca comercial, pero fracasó y se desgastó aceleradamente en esta confrontación con los grupos de poder económico. Esto dio lugar al nacimiento del movimiento de oposición «Libertad», liderado por el escritor Mario Vargas Llosa,

³¹ En efecto, como señala Jiménez (2002), «Las industrias que debían jugar un papel dinamizador del desarrollo no contaban con mercados ni capacidad competitiva que les permitieron autosostenerse, debido a la ausencia de articulación intra e intersectorial [...] En estas condiciones, el sector privado manufacturero no podía prescindir del apoyo del Estado para perdurar; pero este apoyo, que no podía ser otro que la generación de demanda doméstica, desestabilizaba el sistema al provocar desequilibrios fiscales y externos» (p. 425).

de tendencia neoliberal y cuyos planteamientos tendrían acogida y aplicación importante en la década de 1990. Durante estos años el fenómeno subversivo acentuó el cuestionamiento a la legitimidad de los gobiernos democráticos por su ineficiencia en la gestión pública.

La segunda parte del siglo XX registra el afianzamiento del Estado en la búsqueda de una vía al desarrollo económico y la integración social, que alcanzó sus puntos más altos durante el gobierno militar presidido por Velasco y el primer gobierno del aprista Alan García de 1985 a 1990. También se caracterizó por el crecimiento demográfico, pues la población se triplicó entre 1940 y 1993, pasando de 7 a 22 millones de habitantes; la masiva migración de la población serrana a las ciudades de la costa; la expansión de la educación; la organización de movimientos subversivos y la aparición del narcotráfico.

Tal como ha señalado Francisco Durand, la crisis de los años ochenta tuvo como efecto más visible la descomposición del orden político peruano tradicional y las formas de representación establecidas, debilitando los partidos y las organizaciones populares. En 1990 las alternativas no eran muchas, entre otras razones, porque el Estado tenía un bajo nivel de autonomía económica (cfr. Durand, 2015).

No solo en el Perú, sino también en América Latina, si bien la política económica basada en una alta inversión pública dio lugar por algunos años a altas tasas de crecimiento, no tardó en generar más costos que beneficios, pues muchas de las industrias eran ineficientes y excesivamente protegidas. En efecto, surgieron oligopolios, pues el mercado era pequeño y no se logró crear puestos de trabajo suficientes para una mano de obra abundante y escasamente cualificada.

5. EL MODELO NEOLIBERAL AUTORITARIO DE LA DÉCADA DE 1990

Al final de la década de 1980, la crisis se generaliza y el problema de la deuda externa latinoamericana facilita que el modelo económico neoliberal se imponga bajo el denominado Consenso de Washington, auspiciado por el BM, el FMI y el Gobierno de los Estados Unidos. Ese Consenso, a diferencia de las propuestas de la CEPAL, opta por el paradigma del mercado libre y la eliminación de la intervención económica del Estado, para generar una asignación de recursos que busca superar los desajustes estructurales económicos y promover la modernización y el crecimiento sostenido. El juego del libre mercado exige la reinserción a la economía mundial y, en teoría, el libre flujo de bienes y capitales³². En los años noventa, el predominio

³² Jiménez (2002) anota: «El capitalismo de hoy, no es el mismo de la postguerra. La actual economía mundial es más globalizada, los países industrializados transitan hacia nuevos patrones tecnológicos y productivos, y de comunicación e información, la división del trabajo se reestructura modificando

del neoliberalismo económico llevó al capitalismo periférico de América Latina a un repliegue del Estado en la actividad productiva y redistributiva, con el propósito de desarrollar mercados más eficientes redefiniendo su rol como garante, regulador y árbitro (Contreras & Glave, 2002, pp. 17-19). Hay que advertir que, más tarde, el premio Nobel de Economía Joseph Stiglitz denunciará las falencias del Consenso de Washington y señalará que se requiere regulación fiscal, políticas para la competencia, políticas que faciliten la transmisión de tecnología, por citar algunos aspectos no tratados en el citado Consenso (Stiglitz, 2002, p. 46)³³.

En la década del noventa cambió el paradigma de desarrollo en América Latina que, entre otras características, tuvo como problema principal la magnitud y la inestabilidad de los flujos de capital. Esto limitaba la autonomía de las políticas económicas y se reflejaba especialmente en el conflicto entre la necesidad de fijar una tasa de interés elevada y la necesidad de fomentar la inversión, provocando una tendencia a la sobrevaluación del tipo de cambio y a minar los resultados del fomento de las exportaciones. Estas continuaron concentradas en recursos naturales, con poco incremento del valor agregado y de la diversificación de la producción, además de riesgo para el medio ambiente por la contaminación y el agotamiento de los recursos. El paquete de medidas aplicado en América Latina tuvo dos grandes deficiencias: la falta de políticas sectoriales y el no poder superar los problemas sociales vinculados a la desigualdad. El ahorro nacional siguió siendo volátil y reacio a entrar en la inversión productiva, y muchos sistemas financieros carecían de la profundidad y solidez suficientes para sobrevivir frente a los giros especulativos de las finanzas internacionales. Desde el punto de vista institucional, los avances tampoco fueron sustantivos, pero es preciso anotar que durante la década de 1990 se produjo una profunda transformación que cerró el ciclo abierto por los golpes militares de los años sesenta y significó el fin del Estado populista y el ascenso de la economía de mercado como

y diferenciando participaciones de los países y de los productos en el comercio mundial; las empresas multinacionales generalizan la práctica del comercio intra-industrial; se reeditan los bloques económicos; las finanzas se transnacionalizan; se reducen los márgenes nacionales de regulación autónoma, y se erosionan las bases sociales y políticas que dieron legitimidad al Estado de Bienestar» (p. 429, n. 19).

³³ Prats i Català (2002) señala: «El caso que muestra mayor desviación de los supuestos del Consenso de Washington ha sido precisamente el más exitoso hasta hoy: la transición de China —aún en proceso— desde una economía estatista a una economía de mercado, bajo la conducción de un partido comunista, que ha inscripto en la última reforma constitucional de abril de 1999 la economía de mercado y el estado de derecho para la economía como pilares y valores fundamentales orientadores del nuevo orden institucional» En el pie de la página 315 el citado autor indica que: «La clave explicativa del éxito parece estar en que los reformistas chinos siempre acompañaron las reformas económicas con reformas institucionales capaces de generar un sistema de derechos de propiedad no muy sofisticado, pero eficaz claramente reductor de costos de transacción y evolutivo hacia formas institucionales crecientemente sofisticadas» (pp. 314-315).

organizadora de las relaciones sociales, dentro de lo que se ha denominado la revolución neoliberal. No fueron pues los cambios solo resultado de la política interna, sino que obedecieron también a presiones del exterior en un mundo cada vez más globalizado.

El programa neoliberal que implementó el gobierno de Alberto Fujimori (1990-2001) contó con la ayuda de los países capitalistas y con el auspicio de los organismos financieros internacionales, así como con el sostén interno de los grupos de poder económico, las Fuerzas Armadas y la tecnocracia liberal. Significó un proceso de reprivatización, reprimarización y desnacionalización de la economía, en el que los intereses de las empresas transnacionales volvieron a tener claro dominio. Así, en varias áreas productivas y de servicios se pasó de la ineficiente y corrupta administración de empresas públicas al predominio del capital extranjero, proceso aplaudido sin matices por los líderes económicos nacionales, a pesar del antecedente histórico de la incapacidad del libre mercado para remontar el modelo primario exportador que ha caracterizado al modelo económico republicano peruano.

El régimen de Fujimori fue autoritario, clientelista y corrupto. Sin embargo, debe reconocerse entre sus logros una reforma en la administración de los servicios públicos, que en su mayoría fueron privatizados, mejorando su eficiencia y calidad. Rubros como las comunicaciones y la salud, que prácticamente habían colapsado, se recuperaron y mostraron crecimiento. Después de un *shock* inicial sumamente severo, se produjo una estabilización económica que atrajo tanto inversión privada como extranjera.

En 1992 Fujimori dio un golpe de estado y cerró el Congreso, para posteriormente, por presión internacional, llamar a otro para aprobar una nueva Constitución, la de 1993, actualmente vigente. En setiembre de 1992, un grupo de la Policía Nacional organizado *ex profeso* para este fin capturó a Abimael Guzmán, cabeza teocrática del senderismo, hecho que marcó el comienzo del fin del conflicto armado interno. La derrota del movimiento senderista fue consecuencia de la oposición de miles de peruanos, sobre todo en el área rural, acompañados por el cambio de estrategia de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. El enorme costo material y de vidas humanas del conflicto armado interno solo se conocería íntegramente más tarde con el informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, la cual sindicó como principal responsable al Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, pero reconoció también graves excesos de las fuerzas del orden contra la población civil.

El censo de 1993 mostró que más de la mitad de la población estaba establecida en la costa, y ratificó al norte del país como el espacio de mayor vitalidad demográfica. Lima dio una población de 7,2 millones y las ciudades de Arequipa, Trujillo y Chiclayo más de medio millón cada una. El analfabetismo había descendido al 11%,

e incluía en su gran mayoría a la población femenina rural. El ritmo de crecimiento demográfico había bajado a menos del 2%, en virtud de campañas de reducción de la fertilidad, el uso de métodos anticonceptivos y la incorporación masiva de la mujer al mundo del trabajo, así como a su mayor educación.

En 1994 se dio inicio a una franca recuperación económica que no vino acompañada de un proceso inflacionario, siendo los sectores más dinámicos la construcción, el comercio, la pesca y la manufactura. A partir de 1991 se había emprendido una agresiva y discutida campaña de privatización, lo que llevó al reingreso de compañías extranjeras en los rubros de minería, comercio, banca, transportes y alimentos. Muchos de los ingresos por las privatizaciones, que ascendieron aproximadamente a 9000 millones de dólares, fueron posteriormente malgastados y malversados³⁴. Se crearon nuevos organismos públicos reguladores en los ámbitos de las telecomunicaciones (OSIPTEL), energía (OSINERG), transportes (OSITRAN), etcétera, y se creó una agencia de competencia y protección al consumidor (Indecopi). Desapareció la banca de fomento, se produjeron reducciones arancelarias importantes y una reforma laboral destinada a flexibilizar la legislación anterior y facilitar la contratación temporal y el despido de trabajadores, lo que se vio favorecido por el aumento de la oferta de trabajo. Es cierta medida, «los ‘services’ vienen a ser como los agentes enganchadores de antaño, con la diferencia de que ya no tienen que ir a buscar a los campesinos a sus comarcas, ni ofrecerles atractivos regalos, como en el siglo XIX. Basta hoy un pequeño aviso en el periódico» (Contreras & Cueto, 2004, p. 281). El gobierno de Fujimori puso también fin a la reforma agraria mediante leyes que promovieron la inversión en el sector e incrementaron la seguridad de la propiedad, con lo cual la tierra regresó lentamente al mercado, dando lugar a diversas transacciones.

En 1995, al inicio del segundo periodo del gobierno de Fujimori, se mantuvo el ritmo de crecimiento económico y se elevó el ingreso per cápita, pero el programa de privatización y reforma del aparato del Estado se detuvo, en parte por la resistencia de la población que veía desaparecer todo el sentido nacionalista y redistributivo que habían tenido antes los servicios públicos esenciales. Las demandas redistributivas fueron acalladas por la política autoritaria hasta el último momento en que Fujimori permaneció en el gobierno, en especial por el exhaustivo control que el Poder Ejecutivo ejerció sobre los gastos sociales, haciendo poco para enfrentar las causas subyacentes de desigualdad. La permanencia de patrones redistributivos

³⁴ Estos hechos pusieron de relieve la debilidad del capital nacional para aprovechar el remate de bienes más grande de la historia nacional; es decir, no se aprovechó para consolidar el poder empresarial nacional, lo que dio lugar a la extranjerización de la economía (Durand, 2015, p. 172).

regresivos contradice el pensamiento neoliberal, que sostiene que las reformas de mercado harán crecer la «torta nacional» y permitirán que un segmento más amplio de la población acceda a esa riqueza recientemente generada (Wise, 2005, p. 282).

Durante el gobierno de Fujimori la erradicación de la pobreza y la tarea de cubrir la brecha de redistribución no mantuvieron el mismo ritmo que el impresionante crecimiento y desempeño de la inversión. Las deficiencias en política social fueron síntoma de un problema mayor, que consiste en no haber articulado una estrategia integrada de desarrollo, liderada por el comercio y orientada hacia la promoción de exportaciones de mayor valor agregado, la expansión de los mercados laborales locales y el fortalecimiento de las empresas nacionales. El diseño de las políticas económicas se concentró en una élite dentro del Poder Ejecutivo que impidió que hubiera flexibilidad ideológica y debate acerca de las políticas exitosas en otros países³⁵.

Los resultados de las elecciones del año 2000 dieron a Fujimori una escasa ventaja, con el 51,2% de los votos, pero fue denunciada como fraudulenta. Apenas un mes y medio después del inicio de su tercer gobierno, el 14 de setiembre de ese año, se comenzaron a hacer públicos diversos videos que ponían de manifiesto la compra de votos en el Congreso y otras actividades ilícitas, lo que dio lugar a su fuga al Japón y renuncia desde el exterior. A la caída de Fujimori el país no sufría de terrorismo, inflación o estancamiento, pero sí del más alto nivel de corrupción, una sociedad civil debilitada y una estructura económica primario-exportadora donde predominaban el sector privado y el capital extranjero. Si bien la violencia política había amainado, la pobreza llegaba a casi el 50% de la población.

6. DE PANIAGUA A HUMALA: LOS GOBIERNOS DEMOCRÁTICOS DEL NUEVO SIGLO

La renuncia y huida de Fujimori al Japón dio lugar a que Valentín Paniagua, como presidente del Congreso, accediera a la presidencia. Su democrático gobierno de transición tuvo una duración de diez meses y desde el punto de vista económico continuó con los lineamientos anteriores, teniendo cuidado de mantener el equilibrio macroeconómico y controlar la inflación, hacer públicas las medidas adoptadas y examinar en qué actividades el Estado seguía controlando empresas o ejerciendo actividades económicas

³⁵ Tal como ha afirmado Wise (2005): «La moraleja de la historia parece ser que el neopopulismo, o la repartición de los recursos del Estado a manos llenas con el propósito de que un líder se gane el cariño de las masas sin socavar las reformas del mercado, pudo llevar lejos a un político como Fujimori, pero, al final, la desorganizada masa de pobres del país no pudo salvarlo de sus propios excesos políticos» (p. 286). Por su parte, Gonzales de Olarte (1998) señala que el problema esencial fue, haber conseguido que la economía crezca sin crear suficiente empleo y sin distribuir los frutos del crecimiento en forma más equitativa, lo que generó exclusión y bases débiles para el funcionamiento democrático (p. 9).

que colisionaban con el rol subsidiario que ordenaba la Constitución política. Procedió a llamar a elecciones en el año 2001, en las que resultó elegido Alejandro Toledo.

Si bien la economía se hallaba en recesión desde 1998, Toledo continuó con la política económica neoliberal, pero no pudo seguir el programa de privatización debido a la oposición de la población. Con el gobierno provisional de Paniagua y luego de Toledo se avanza hacia un mayor equilibrio de poderes y se inicia una meritoria limpieza institucional. Toledo perdió credibilidad por el incumplimiento y las dificultades que encontró para llevar adelante sus promesas de elevar los ingresos y el empleo, además de su débil liderazgo y el ataque inclemente de muchos medios de comunicación, algunos de los cuales mantenían en sus filas a los mismos periodistas y operadores políticos del fujimorismo. El extraordinario precio alcanzado por los minerales en el mercado internacional, así como un correcto manejo monetario hicieron que la economía en conjunto creciera, pero sin mejorarse sustantivamente la distribución de la mayor riqueza.

Con el régimen democrático de Alejandro Toledo (2001-2006) se inicia el primer ciclo exportador del siglo XXI, que coincide con la globalización mundial y que plantea al Perú —país complejo, multicultural y de difícil geografía— nuevos retos para asumir un modelo económico que garantice el crecimiento económico sostenido, elimine la extrema pobreza y garantice una mayor equidad en la distribución del ingreso.

Al final de su mandato, las exportaciones y las reservas en el BCR habían alcanzado las cifras más altas de la historia de la República, y a pesar del descontento popular el país parecía encaminarse hacia un periodo de prosperidad en el marco de un gobierno que había respetado las libertades constitucionales y emprendido un importante proceso de regionalización y redistribución del poder central como no había ocurrido en décadas anteriores. A ello se sumaron algunas obras de gran envergadura, tales como la explotación y comercialización del gas proveniente de la Amazonía y el inicio de las grandes carreteras destinadas a unir el territorio de Brasil con el Océano Pacífico. También se incrementaron las actividades bancarias y los programas de vivienda para las clases medias, así como la inversión extranjera.

Durante el gobierno de Toledo aparecen las primeras críticas al modelo neoliberal y nuevos y dispersos movimientos sociales, lo que atomizó las fuerzas políticas e hizo patente la ausencia de partidos, pero no aparece un nuevo paradigma económico alternativo que entusiasme y parezca viable.

En las elecciones de 2006 triunfó Alan García Pérez, quien venció a Ollanta Humala. El segundo gobierno de García durará hasta el año 2011, justamente con el triunfo de Humala sobre Keiko Fujimori. Este gobierno de García tuvo un contenido radicalmente distinto al de su primer mandato y favoreció la inversión de los

grandes empresarios, tanto nacionales como extranjeros, apoyándose en las fuerzas fujimoristas presentes en el Congreso. Mantuvo las reglas esenciales de la política neoliberal, sin introducir ningún cambio sustantivo en el ámbito productivo o institucional. Durante este periodo los precios de los minerales fueron altos y sostenidos, lo que trajo crecimiento económico y ampliación de las clases medias, lo que se reflejó también en importantes inversiones en el ámbito de la agricultura costeña de exportación. Se mantuvieron estables y sin conflicto las relaciones con el mundo financiero local e internacional. Este gobierno contó con el apoyo cauto pero sostenido de los principales medios de comunicación. Sin embargo, las corrientes críticas al neoliberalismo, apoyadas en una creciente corrupción y en el inmovilismo institucional, crecieron en radicalidad y apoyo ciudadano.

Durante las campañas electorales posteriores al gobierno de Paniagua, los planes de gobierno de los principales candidatos contenían prácticamente un inventario de todos los problemas principales y las respectivas soluciones, dentro del modelo económico que se inició con Fujimori en la década de 1990. Como se ha afirmado con frecuencia, el país estaba estudiado y diagnosticado, pero los que asumieron el poder no llevaron adelante muchas de las reformas que habían planteado, lo que creó malestar creciente y frustración. Ello tuvo un cambio importante en la campaña política para la elección para el periodo 2011-2016, pues el ganador, Ollanta Humala, había presentado un plan de gobierno alternativo en lo económico, denominado «La Gran Transformación», cuyo antecedente se encontraba en un documento preliminar que utilizó en la campaña política de 2006, cuando fue derrotado por García.

El programa de La Gran Transformación, elaborado por un importante grupo de técnicos liderados por el economista Félix Jiménez, superaba conceptualmente, con largueza, lo presentado anteriormente. Bajo una propuesta a favor de lo que denomina «democracia republicana», critica duramente el rol del Estado bajo el modelo neoliberal y propone «una economía nacional de mercado» cuyas características más saltantes eran el desarrollo de mercados internos, la generación de demanda interna y el uso selectivo de financiamiento, buscando que la inversión privada nacional se expanda y diversifique, y controlando el flujo internacional de capitales. Esta propuesta fue atacada muy duramente por los medios de comunicación privados, distorsionando su contenido con violencia verbal extraordinaria³⁶.

A pesar de ello, Humala ganó las elecciones, pero por circunstancias no del todo conocidas, abandonó el programa y continuó en lo económico con las políticas neoliberales, aunque mostrando un mayor interés por las políticas de inclusión social.

³⁶ La campaña de los medios concentrados liderados por el diario *El Comercio* adquirió tal grado de virulencia que, según José Alejandro Godoy (2019), generó un problema interno en ese grupo propietario de diarios y canales de televisión, lo que se reflejaría en las posteriores administraciones de ese grupo.

Sin embargo, el ciclo de los precios altos en minería no continuó y el crecimiento del país disminuyó, aunque no llegó a ser negativo. Esa circunstancia y el continuo ruido político hicieron que disminuyera la inversión, pero las cifras macroeconómicas y la inflación continuaron las políticas conservadoras en materia económica. El país perdió velocidad al no plantear Humala la necesidad de mantener el dinamismo económico ni mejorar la competitividad y los encadenamientos productivos; en otras palabras, no tuvo un plan de largo plazo ni una selección de prioridades. La derecha política y económica lo combatió con dureza en lo personal, tanto a él como a su esposa Nadine Heredia.

Durante este periodo, entre 2001 y 2016, se aplicaron disciplinadamente políticas económicas macroeconómicas de tendencia neoliberal, con resultados positivos específicos. Hubo control de la inflación y aumento en el ingreso per cápita. Se favoreció a la empresa privada y a sus gremios, y se controló el déficit fiscal. Sin embargo, la actividad informal continuó siendo mayoritaria, y la distribución del ingreso, a pesar del evidente crecimiento de la clase media, no fue suficiente. Si bien la escolaridad llegó a cubrir prácticamente a toda la población, la calidad de la misma dejó mucho que desear. Durante ese periodo resultó una ayuda fundamental el alto precio de los minerales, aunque también se incrementó en forma notable la exportación de productos agrícolas. No puede dejar de mencionarse que, en el ámbito rural, a pesar de las carencias que hasta hoy continúan, se produjo una elevación en el ingreso que superó al de las ciudades, fenómeno de carácter extraordinario atribuido principalmente a la mayor conectividad terrestre e inalámbrica (Webb, 2013).

Hay que poner de manifiesto que durante este y anteriores periodos, en la medida en que nuestro sistema político es centralista y presidencialista, con tendencia a la inestabilidad, los agentes económicos se han visto obligados a adecuarse continuamente a esa realidad y a no elaborar planes de largo plazo. En ese intento, los partidos políticos no han sido un vehículo de gran importancia, y la desunión y acomodo de los gremios ha sido frecuente, pues si bien aumentaron su influencia, esta no parece haber sido decisiva en las preferencias del electorado. Finalizados los tres gobiernos elegidos democráticamente en el siglo XXI, no puede dejar de mencionarse como un hecho negativo la aparición y descubrimiento de numerosos actos de corrupción en algunas de las más altas esferas de los gobiernos de este periodo, actualmente judicializados, en especial los relacionadas con grandes obras físicas realizadas por importantes firmas brasileras en sociedad con empresas nacionales. También hay que señalar que son numerosos los esfuerzos para combatir esas prácticas, cuyo resultado es por desgracia imposible predecir, pero que tienen en lo esencial vieja data.

A continuación, se muestra un cuadro con cifras que elocuentemente resumen la situación económica del país al término del año 2016.

Indicadores socioeconómicos según periodo de gobierno*

Indicador	Unidades	Alejandro Toledo (2001-2006)(**)	Alan García (2006-2011)	Ollanta Humala (2011-2016)
Producto bruto interno (PBI)	Variación % anual promedio	4,3	6,9	4,8
PBI per cápita	US\$, fin de periodo	2695	5075	6175
Términos de intercambio	Variación % anual promedio	5,4	7,0	-2,6
Inversión privada	Variación % anual promedio	4,2	16,0	5,2
Incidencia de la pobreza	Variación absoluta del periodo	-3,1	-24,8	-9,0
Inflación	% promedio del periodo	1,8	2,8	3,6
Cuenta corriente de la Balanza de Pagos	% del PBI, promedio del periodo	-0,9	-0,5	-3,7
Exportaciones de bienes	Variación % anual promedio	20,1	15,6	-0,8
Importaciones de bienes	Variación % anual promedio	10,4	19,0	5,3
Resultado fiscal	% del PBI, promedio del periodo	-1,7	1,3	0,6
Deuda pública	% del PBI, fin de periodo	41,7	23,8	23,3

(*) Para los cálculos se ha considerado el gobierno de Alejandro Toledo de 2001 a 2005, el de Alan García de 2006 a 2010 y el de Ollanta Humala de 2011 a 2015.

(**) Para el cálculo de la pobreza se ha utilizado la diferencia entre los años 2004 y 2005.

Fuentes: BCRP, INEI. Elaboración: Macroconsult.

De otro lado, de acuerdo al Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI, el censo de 2017 mostró las siguientes cifras principales: de la población total censada de 29 381 884 personas, el total de hombres fue de 14 450 757 (49,2%) y el de mujeres de 14 931 127 (50,8%), correspondiendo al área urbana 23 311 893 (79,3%) y al área rural 6 069 991 (20,7%). La población de Lima era de 8 574 974 (29,2%). En cuanto a la edad de la población, el censo indicó el 26,4% para menores de 15 años, 65,2% entre 16 y 65 años, y 8,4% para mayores de 65 años. La población censada por región fue de 58% en la costa, 28,1% en la sierra y 13,9% en la selva.

7. SÍNTESIS CRÍTICA

Carlos Parodi ha efectuado un análisis de los modelos de desarrollo, tanto en sus aspectos teóricos como en su aplicación al Perú durante un periodo de cuarenta años. Desde el punto de vista teórico pone de relieve su naturaleza pendular y que no han tenido el tiempo suficiente para surtir los efectos deseados en el Perú. La hipótesis central es que las explicaciones demasiado economicistas no son suficientes para abordar la ausencia de una estrategia sostenible de desarrollo, y que por tanto debe recurrirse adicionalmente a elementos históricos, geográficos, políticos, institucionales y sociales para encontrar las causas de fondo, a lo que debe agregarse el entorno internacional y las ideologías prevaletentes. Las discrepancias entre los modelos surgen, afirma Parodi, cuando se plantea cómo solucionar los problemas y afirma que cualquier recomendación de política económica no puede violar indefinidamente algunos hechos tales como vivir por encima de las posibilidades reales de cada sociedad (Parodi, 2000, p. 23 ss.).

Parodi analiza el intervencionismo estatal versus el liberalismo, es decir, las teorías intervencionistas y las liberales; el modelo liberal primario exportador; la estrategia de industrialización por sustitución de importaciones; los modelos de crecimiento hacia afuera o proexportadores; y los modelos de desarrollo aplicados en el Perú, lo que ejemplifica en el cuadro siguiente (Parodi, 2000, pp. 52-53):

Perú, 1960-2000: modelos de desarrollo

Periodo	Presidente	Modelo de desarrollo	Algunas características de la política económica
1963-1968	Fernando Belaunde	Industrialización por sustitución de importaciones (primera fase)	Protección a la industria Inversión pública en infraestructura Políticas fiscales expansivas Políticas redistributivas Atraso cambiario Incremento de la deuda externa
1968-1975	Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas Primera fase: General Juan Velasco Alvarado	Capitalismo de Estado	Reforma agraria Sustitución de importaciones, llevada hasta el límite Inversión pública en infraestructura Retórica nacionalista Atraso cambiario Incremento de la deuda externa

Periodo	Presidente	Modelo de desarrollo	Algunas características de la política económica
1975-1980	Segunda fase del Gobierno Militar: General Francisco Morales Bermúdez	Ajuste e inicio del modelo de crecimiento hacia afuera	Promoción de las exportaciones no tradicionales Liberalización comercial Devaluaciones Ajuste fiscal Renegociación de la deuda externa
1980-1985	Fernando Belaunde	Liberalismo y populismo	Políticas fiscales expansivas: inversión pública Liberalización comercial y posterior reversión Mini devaluaciones Factores exógenos: crisis de la deuda y «fenómeno del niño»
1985-1990	Alan García	Populismo macroeconómico	Control de precios Políticas fiscales y monetarias expansivas Reactivación a partir del consumo Protección comercial Retórica redistributiva Moratoria unilateral de la deuda Atraso cambiario
1990-2000	Alberto Fujimori	Estabilización, liberalización y apertura al exterior	Reformas estructurales pro libre mercado Liberalización Estabilización Apertura al exterior Renegociación de la deuda Sector privado como motor del crecimiento

Lo que importa poner de relieve es que, según Parodi, la evolución económica, social, y política del Perú desde 1963 hasta el 2000 ha revelado la ausencia de una estrategia de desarrollo sostenible que logre elevar el bienestar de todos los peruanos (p. 447).

Por su parte, Humberto Campodónico, para el periodo comprendido entre 1960 y 2010, considera que en el Perú se han presentado dos ciclos económicos a largo plazo, ligados a la coyuntura económica internacional. El primero, de 1950 a 1990, y el segundo que se inicia en la década de 1990. En el primer ciclo se aplicaron dos modelos opuestos de acumulación: el primario-exportador hasta fines de la década

de 1960 y el modelo de industrialización para sustitución de importaciones (ISI) que fue impulsado durante diez años, desde mediados de los años 60 hasta la década de 1970. En el primer ciclo el Perú enfrentó problemas de balanza de pagos, empleo y distribución de ingresos, y se llevaron a cabo políticas de modernización de Estado que resultaron insuficientes. De otro lado, la reforma agraria liquidó a la clase terrateniente (Campodónico, 2015, p. 224).

En la década de 1990 comienza un nuevo ciclo y se produce un cambio profundo en las relaciones económicas, desregulando y liberalizando la economía, privatizando las empresas públicas, y destacándose la presencia de capital extranjero —que logra tener un peso significativo sobre el poder político— en sectores importantes. En su conjunto se aprecia un importante déficit de la influencia del empresariado nacional en el poder político (p. 225).

Visto a largo plazo, se puede constatar el abandono de las políticas productivas, razón por la cual no se ha podido mejorar la productividad media de los sectores económicos y se constata la ausencia de innovación y desarrollo tecnológico. Sin embargo, no parecen estar agotadas las oportunidades de inversión en la explotación de recursos naturales. Campodónico afirma que «si bien el crecimiento económico del periodo 1960-2000 [...] tuvo impactos importantes en el aumento del empleo (aunque precario) y la reducción de la pobreza, el hecho central es que dista mucho de ser autosostenido, pues su vulnerabilidad es evidente» (p. 228).

Por su parte, Felipe Ortiz de Zevallos considera que en los años cincuenta el Perú mostraba varios indicadores macroeconómicos favorables y el Estado mantenía una adecuada disciplina fiscal, predominando la inversión extranjera en muchas actividades extractivas. Sin embargo, continuaba el abismo social entre la población, secuela de privilegios históricos arbitrarios y de un Estado empírico. Estos factores impidieron el ejercicio de una competencia abierta y generaron una demanda acumulada por transformaciones en favor de la justicia social. En un informe preparado por Arthur B. Little en 1959 para el diseño de un programa de desarrollo industrial, Little señaló que «el esfuerzo nacional para impulsar el desarrollo económico debe ser tan integral e inmediato como el que se requiere para enfrentar a una guerra».

Las ideas que predominaron durante las siguientes tres décadas para promover el desarrollo del país fueron erradas, afirma Ortiz de Zevallos. Por un lado, se aplicaron crecientes impuestos, de otro lado se amplió el rol del Estado como planificador y administrador, los precios dejaron de reflejar lo que determinaba el mercado, y el gasto público y el endeudamiento fueron aumentados significativamente.

Según este autor, el manejo económico de 1950 a 2000 puede diferenciarse en cuatro etapas. La primera, de 1950 a 1962, lapso en que el crecimiento fue estimulado por la exportación de bienes primarios. La segunda, de 1963 a 1975, donde se

puso en marcha bajo planificación estatal un esfuerzo destinado a la sustitución de importaciones. La tercera, de 1976 a 1990, durante la cual la economía entró en crisis como consecuencia de los desequilibrios económicos, impulsando un manejo incoherente y populista que se aplicó a las finanzas públicas y generando una gran hiperinflación. La cuarta, que se inicia en 1990 con la ejecución de un programa de estabilización y reformas económicas que ha logrado revertir las tendencias de deterioro y recuperar una sensación de futuro (Ortiz de Zevallos, 1999, p. 228).

Eduardo Torres (2007) ha afirmado que la anarquía militar de los inicios republicanos fue el momento propicio para que el Estado patrimonial encontrara su primera actualización, pues era frágil el poder de los caudillos que llegaban al poder y que no tenían otra salida que repartir el país entre su clientela. Por eso, señala, por aquellos días el Perú se «feudalizó» (p. 199 ss.). Otro momento en que el Estado patrimonial cobró fuerza fue en la década de 1840, cuando se encontró el recurso guanero que daría lugar a ganancias formidables. Estos recursos hicieron que Ramón Castilla pudiera lubricar un sólido Estado patrimonial. El Estado patrimonial se edifica mediante la entrega de prebendas y con corrupción, tal como ocurrió con el proceso de cancelación y consolidación de la deuda interna, que intentó pero que no pudo sentar las bases para el surgimiento de una burguesía mediante un proceso de modernización e industrialización. Salvo la construcción de ferrocarriles, «el dinero se gastó mayoritariamente en el sustento de la mentalidad rentista y patrimonial con la que los peruanos ingresaron a los cauces del republicanismo» (p. 203).

En las primeras décadas del siglo XX, la oligarquía peruana tuvo como base de su poder al Estado patrimonial. Contra más autoritario o dictatorial fuese un régimen —como ocurrió con Leguía y luego con Odría—, más cabida tenía el Estado patrimonial. Poco después, un indecoroso acuerdo entre la derecha oligárquica y el APRA llevaría a hacer borrón y cuenta nueva de un sinfín de promesas incumplidas y de abusos evidentes. El Estado patrimonial por antonomasia fue instaurado por Alberto Fujimori, quien con los dineros del Estado provenientes de la privatización de empresas públicas y de exoneraciones tributarias y prebendas, compró una clientela adicta a su régimen. Los siguientes gobiernos democráticos han tenido logros económicos, pero la corrupción y la falta de un liderazgo cabal por parte de la sociedad civil ha seguido mostrando al Perú como un país al que le cuesta salir del subdesarrollo. Este brevísimo recuento nos muestra que los funcionarios públicos siguen aún hoy haciendo efectiva la noción del Estado patrimonial, desvirtuando el concepto de servicio público para satisfacer intereses personales. La pervivencia del Estado patrimonial ha ido en detrimento de la institucionalidad, la democracia y la justicia, y ha demorado en exceso el necesario paso a una genuina modernización (p. 212).

El recorrido político del Perú de fines del siglo XX e inicios del siglo XXI merece una mención breve pero inevitable por su impacto en lo económico y jurídico. Después del experimento militar populista que termina en 1980, se inicia un periodo democrático al amparo de la Constitución de 1979, acordada por el APRA (populista de ideología socialdemócrata) y el Partido Popular Cristiano (derechista de ideología socialcristiana), que en materia económica adoptan el concepto de «economía social de mercado» que hizo fortuna al volverse de aceptación general. El mayor punto de consenso es el retiro de los militares del poder, pero no la nueva dirección económica. El segundo gobierno de Fernando Belaunde y el primero de Alan García no pudieron superar el legado del nacionalismo reformista de Velasco y reducir la importancia del Estado en la vida económica, con lo que representaron una década perdida. La crisis hace que crezca y se desarrolle una economía informal que compite con la oficial. El camino político del neoliberalismo se presentó como solución frente a una crisis sistémica y terminal que intenta primero el camino democrático, en el cual es derrotado Vargas Llosa, para después con Fujimori asociarse con una forma autocrática de régimen político.

Mediante el golpe de estado del 5 de abril de 1992, Fujimori concentra los poderes en el Ejecutivo, apoyado por las fuerzas internacionales de la globalización. Sus éxitos en eliminar la inflación y combatir el terrorismo de Sendero Luminoso y el MRTA le permiten aprobar una nueva Constitución en 1993, con un régimen económico de clara tendencia neoliberal. La inestabilidad política y la incertidumbre que erosiona la confianza institucional de largo plazo de los inversionistas es contrarrestada buscando la estabilidad jurídica que se manifiesta en convenios de estabilidad tributaria para atraer inversión de largo plazo que benefician casi únicamente a las grandes empresas, cuya mayoría es de origen extranjero. Las propuestas para brindar estabilidad política mediante acuerdos o a través de gobiernos fuertes o autocráticos ha sido siempre una preocupación de las élites, sea mediante pactos mercantilistas entre empresarios y el Estado o a través de formas institucionales en las cuales tienen acceso en influencia los grandes inversionistas y sus gremios. De lo que no cabe duda es de que solo los países inestables firman contratos de estabilidad jurídica, los que son con frecuencia resultado de arreglos particulares o corruptos, y fruto también de la correlación de las fuerzas del mercado.

Posteriormente, el gobierno de Fujimori asume una forma cleptocrática y domina mediante la corrupción importantes medios de comunicación, en especial la televisión de señal abierta. Salen favorecidos de este régimen los grupos de poder económico y las empresas multinacionales, y existe una conexión con la economía subterránea del narcotráfico y del contrabando. Aislado internacionalmente, perdido el respaldo de los Estados Unidos, después de numerosos escándalos, Fujimori abandona el país.

Como hemos ya señalado más extensamente, los gobiernos posteriores de Paniagua, Toledo, García y Humala en el siglo XXI mantienen las formas democráticas y continúan las políticas macroeconómicas neoliberales, pero aunque aumenta la clase media persiste la desigualdad en el ingreso³⁷. Estos gobiernos carecen de planes de largo plazo, y la informalidad y las prácticas económicas ilegales que destruyen el medio ambiente continúan; hay un debilitamiento generalizado de los partidos políticos y se cuestiona seriamente la representatividad política.

En este capítulo hemos buscado hacer una síntesis de las relaciones Estado-mercado en el Perú, pero no es el propósito de este libro efectuar un diagnóstico acabado de la actual situación económica del país, ni de cuáles hayan sido las principales causas que nos han llevado a ser un país con una población de ingresos medios y un futuro incierto. Sin embargo, algunos estudios que no vamos aquí a sintetizar han buscado explicar los motivos por los cuales somos un país en vías de desarrollo que no ha podido superar algunos déficits humanos y productivos importantes.

Una publicación que los estudiosos citan con frecuencia es la de Daron Acemoglu y James Robinson (2012), *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, de la que hemos tomado algunas ideas que mencionaremos a continuación, no sin antes indicar que las normas constitucionales que son materia de nuestro estudio constituyen un marco general para conocer el rol del Estado y los derechos y actividades de los ciudadanos en el ámbito económico, pero no un diagnóstico de nuestro estado de desarrollo.

Los mencionados autores indican que si bien las instituciones económicas son de gran importancia para establecer si un país es pobre o próspero, son la política y las instituciones políticas las que determinan el funcionamiento acertado o no de las instituciones económicas de un país. Para tal efecto, Acemoglu y Robinson hacen una revisión histórica de las distintas zonas del continente americano, comparando la evolución en los Estados Unidos y la ocurrida en los países latinoamericanos, haciendo en varias oportunidades mención específica a la historia del Perú.

Dicen los autores mencionados que para poder comprender la desigualdad en el mundo es preciso entender por qué algunas sociedades están organizadas en forma ineficiente y socialmente indeseable, y afirman que ello no se debe a la ignorancia ni a la cultura, sino a que los que tienen el poder toman decisiones que crean pobreza. Para explicarlo, dividen instituciones económicas inclusivas —aquellas que ofrecen seguridad a la propiedad privada, tienen un sistema jurídico imparcial y servicios

³⁷ Un reciente estudio de Oxfam, *Agenda contra la desigualdad* (2019), considera que los cinco temas críticos que deben enfrentarse en el Perú son: avanzar en la justicia fiscal; defender la inversión en las personas; impulsar un empleo digno; promover el desarrollo rural y avanzar en la gobernanza socioambiental.

públicos que proporcionan igualdad de condiciones en los que las personas pueden realizar intercambios y firmar contratos, además de permitir la entrada de nuevas empresas— frente a otras instituciones económicas, como las de América Latina, donde la mayoría de la población estaba coaccionada y no podía tomar libremente decisiones económicas libres.

Las instituciones económicas inclusivas allanan el camino a otros dos motores de prosperidad, la tecnología y la educación, porque el desarrollo económico ha venido acompañado casi siempre de mejoras tecnológicas que aumentan la producción. Existe, según los autores mencionados, una fuerte sinergia entre las instituciones económicas y las políticas. Así, las instituciones políticas —que denominan extractivas— concentran el poder en manos de una élite reducida y están diseñadas para extraer recursos del resto de la sociedad, con lo que el funcionamiento del mercado beneficia a un número reducido de personas. De otro lado, las instituciones económicas inclusivas están estrechamente vinculadas a instituciones políticas que reparten el poder y limitan su ejercicio arbitrario. En otras palabras, quienes controlan el poder político no pueden utilizarlo para establecer instituciones económicas extractivas en beneficio propio.

Consideran que los grupos poderosos suelen oponer resistencia al poder económico y a los motores de la prosperidad, porque el crecimiento económico no es solamente tener mejores máquinas y personas con estudios avanzados, sino que también es un proceso transformador asociado a una «destrucción creativa» generalizada. Afirman que los países fracasan desde el punto de vista económico debido a instituciones extractivas diseñadas por una élite para enriquecerse y perpetuar su poder a costa de la mayoría de las personas (Acemoglu & Robinson, 2012, p. 465). Por tanto, resulta crucial para el desarrollo la relación entre prosperidad e instituciones políticas y económicas inclusivas³⁸. Concluyen los autores que los países pueden dar pasos hacia la prosperidad transformando sus instituciones de extractivas a inclusivas, pero que no existen recetas fáciles para lograr esa transición y que es primordial hacerlo en un ambiente de respeto a la libertad y al fortalecimiento político institucional³⁹.

Ganoza y Stiglich, en su libro *El Perú está calato* (2015) discrepan de la hipótesis de Acemoglu y Robinson, quienes atribuyen las causas del subdesarrollo a la ignorancia

³⁸ Los autores hacen una extensa mención al Perú, indicando que no está condenado a la pobreza debido a su geografía ni a su cultura —como se ha afirmado en varias ocasiones— sino a factores históricos, y que estos podrían también haber cambiado su trayectoria y haberlo conducido a una situación de mayor importancia.

³⁹ Acemoglu y Robinson citan como uno de los factores que han impedido el desarrollo del Perú el caso extremo del gobierno de Alberto Fujimori y el control de los medios de comunicación a través de un régimen corrupto que gobernó por medio de la represión y los sobornos (2012, p. 537).

o la incompetencia de los gobiernos. Ganoza y Stiglich creen que la pregunta adecuada es ¿por qué los políticos no llenan el Estado de buenos burócratas?, y señalan que no se esfuerzan en ello porque los ciudadanos no tienen mecanismos eficientes para presionarlos y exigirlo. Estos mecanismos deberían ser partidos políticos sólidos que establezcan vínculos orgánicos con la sociedad civil que les otorguen legitimidad. Además, consideran que carecemos de un sistema judicial independiente y eficaz. Prácticamente, afirman, dependemos de la CONFIEP, *El Comercio*, *La República* y RPP para que los políticos construyan burocracias competentes y pongan en marcha políticas públicas que nos conduzcan al desarrollo económico. Ven así lo desnuda y vacía que está la expectativa de progreso. De este modo, para estos autores el Perú está calato (pp. 131-134).

Mientras las trece colonias de América del Norte se constituyeron sobre la base de sistemas comunales de autogobierno, respeto a la ley y a principios democráticos, en América Latina la concentración de la riqueza y la fractura social de raíz étnica, rasgos característicos desde el inicio de la colonización, contribuyeron a formar regímenes políticos excluyentes e inestables (Ferrer, 1998, p. 166). La herencia colonial nos transmitió una cultura autoritaria del poder público y de falta de respeto a la ley. En ese contexto, el Perú frustró sus posibilidades de desarrollo económico por la existencia, como decía Basadre, de un Estado empírico y del abismo social. Estas circunstancias han generado condiciones contrarias a la consolidación del estado de derecho y al desarrollo económico y social. En el plano jurídico-político, la mayor parte de los textos constitucionales han sido expresiones de un proceso que el constitucionalista argentino Carlos Santiago Nino denomina de déficit democrático y ajuridicidad de la práctica constitucional (2005, p. 106 ss.). Así, también en el Perú prevaleció la ideología de la sociedad cerrada de los grupos dominantes y de sus regímenes autoritarios, que gobernaron para defender sus intereses, conservando y profundizando la fractura social, al punto que podemos afirmar que hemos tenido casi permanentemente un proceso jurídico-político que en otros países y en diferentes circunstancias históricas ha sido denominado como de hipocresía constitucional.

8. LOS RETOS DEL SIGLO XXI

Sería un error considerar que el neoliberalismo de los noventa significa la vuelta a la especialización productiva que prevaleció a fines del siglo XIX e inicios del XX, pues si bien la actual apertura internacional puede dar lugar a un crecimiento importante de las exportaciones no tradicionales, no todas necesariamente serán de bienes manufacturados. Así, por ejemplo, una de las modalidades que se adopta es la de transacciones al interior de las empresas transnacionales, con productos semielaborados

(Baer, 2002, p. 30), pero los problemas tradicionales que hasta ahora han impedido nuestro desarrollo permanecen: concentración de ingresos y bajo nivel educativo. No puede descartarse, por otro lado, el peso de la inversión extranjera, porque resulta fundamental en lo que se refiere a problemas vinculados a la soberanía y las decisiones futuras sobre empleo, investigación, desarrollo de tecnología, etc. No es conveniente, por tanto, que en el futuro y en países como el Perú el Estado deba sujetarse al exclusivo rol de árbitro y regulador que las ideologías extremas promercado le asignan.

Las consecuencias económicas, sociales y políticas a las que ha conducido el programa neoliberal de liberalización iniciado en la década de 1990 en América Latina y en el Perú —y que en lo esencial ha continuado en los gobiernos del presente siglo— ha llevado, entre otros factores, a una reprimarización y desindustrialización en lo productivo; a la especulación en lo financiero; a la desnacionalización y privatización de importantes activos productivos; a la despolitización; a la concentración de la riqueza y a una gran influencia de la cultura proveniente de los Estados Unidos y de los productos fabricados en China. Frente a ello, caben dos respuestas extremas: una, la de someterse y aceptar la continuidad de esas políticas; y otra, la intentar un desarrollo autárquico, negándose a la integración internacional. Frente a esa falsa disyuntiva es preciso plantear la necesidad de abrirse selectivamente al fenómeno de la globalización tal como lo hicieron Alemania y Japón a finales del siglo XIX y los países del sudeste asiático en la segunda mitad del siglo XX. Ello implica el control nacional de la acumulación, asegurando un desarrollo agrícola capaz de producir excedentes, buscar una cierta autonomía de las instituciones financieras nacionales para orientar la inversión, reservar parte del mercado para la producción nacional como paso previo para ser competitivo en el ámbito internacional, mantener control sobre los recursos naturales y fomentar y proteger tecnologías generadas localmente. Para todo ello es preciso contar con una política económica que garantice la estabilidad macroeconómica, pero que al mismo tiempo promueva una mejor distribución del ingreso, fomente el desarrollo de un mercado nacional y la descentralización económica.

Durante las últimas décadas, el desarrollo capitalista ha tenido como una de sus características más saltantes las exportaciones generadas en territorios de bajos salarios, lo que ha dado lugar a una gran concentración en el ingreso y a un aumento de la distancia entre países pobres y países ricos. En esa realidad, el mercado ha asumido el rol de ente omnipresente, cobijado por las aportaciones teóricas neoliberales en el campo económico, la postura neoconservadora en el ámbito político y también por una filosofía política deshumanizadora. En esa realidad, en la que el sector financiero ha logrado una posición de dominio relevante, lo que se ha buscado garantizar no es la democracia sino la rentabilidad de los negocios (Ugarteche & Martínez-Ávila, 2013, p. 99).

Como bien señala Jürgen Schuldt (2005), «si ese control local se lograra, lo que es un largo proceso en el tiempo y complicado en el espacio, ello conduciría paulatinamente a un proceso endógeno de acumulación y de progreso técnico, asegurando así una capacidad interna para crecer sostenidamente sobre la base de mercados internos amplios y en constante expansión acoplados selectiva y coherentemente a los mercados internacionales» (p. 188). Por tanto, es esencial guardar distancia con los intereses de las corporaciones transnacionales, pues los intereses nacionales no son siempre coincidentes. Se debe fomentar el desarrollo de un amplio y dinámico mercado interno con trabajo calificado y es preciso también avanzar hacia la autosuficiencia alimentaria protegiendo el medio ambiente y generar con el apoyo del Estado iniciativas vinculadas a la investigación científica-tecnológica, resguardando la diversidad biológica del territorio y alentando las prácticas democráticas.

A pesar de los avances de los últimos años y de una visión conformista que está segura de la continuidad del modelo, algunos opinan que el avance económico del Perú es fácil de parar, no por el ruido político o porque los gobiernos no han sabido manejar las expectativas empresariales, sino por problemas profundos de naturaleza económica e institucional. Sin duda, la fortaleza macroeconómica es una condición indispensable para el crecimiento, pero no es suficiente y no equivale a desarrollo económico. Los que así opinan discrepan del diagnóstico radical de izquierda que señala que el problema de fondo es el orden económico impuesto por los empresarios. Para Ganoza y Stiglich, las reglas del juego bajo las que funcionan los empresarios han sido impuestas por los políticos, y más bien consideran indispensable la participación de los empresarios (2015, pp. 19-22).

Creemos, dicen, en la trampa del falso milagro, complacientes con lo que hemos crecido de 2003 al 2013, pero no corregimos nuestros problemas políticos, que son los que nos impiden desarrollarnos. Ahí están las trampas de la baja productividad y de la informalidad para frustrar las expectativas de progreso de la mayoría de los ciudadanos. Ello hace que el electorado sea impaciente y no quiera esperar la resolución de los problemas complejos y más bien sea receptivo a las propuestas populistas. La trampa del Estado para imponer seguridad aumenta la desesperación de un número grande de personas. A ello se agrega la debilidad de los partidos y la falta de legitimidad de los poderes del Estado⁴⁰.

⁴⁰ Para vestir al Perú hay que lograr un shock institucional, mediante la reforma del sistema de partidos y de las instituciones judiciales. Son precisos cuatro cambios fundamentales: 1. Fortalecimiento y concentración de los partidos políticos; 2. Mejorar la representatividad de esos partidos; 3. Mejorar la calidad de jueces y fiscales; y 4. Dotar de transparencia a las instituciones judiciales. Ese shock requiere de una movilización de la sociedad civil. Los empresarios deben dejar de darle la espalda a los problemas institucionales del país, porque la política si afecta a la economía. Vestir al Perú para que pueda desarrollarse es una tarea que nos involucra a todos (Ganoza & Stiglich, 2015, pp. 134-144).

El académico J. Schuldt tiene una opinión crítica sobre el capitalismo contemporáneo. Afirma que el bienestar del ser humano y la sostenibilidad del planeta no pueden conciliarse con el modo de producción capitalista de mercado. Más bien debe haber una evolución hacia «lo suficiente» de los patrones de consumo, con base en los límites de la naturaleza y los requerimientos esenciales del ser humano, en el marco de una democracia participativa, con igualdad de oportunidades y una distribución del ingreso y de la riqueza equitativa, a nivel global y en el interior de cada Nación. Ello implica una reformulación de los procesos productivos, de la tecnología, de las formas de acumulación y de los patrones de consumo (Schuldt, 2012, pp. 181-182).

Desde perspectivas distintas, Carlos Amat y León (2006) y Félix Jiménez (2016) son también críticos del desarrollo que se ha dado en el Perú. El primero ha buscado vincular los principales escenarios que configuran el proceso social y económico para proyectar el desarrollo peruano; ellos son, señala, la extraordinaria heterogeneidad geográfica y la vigencia de una matriz cultural resultado de una compleja experiencia histórica. En efecto, la verticalidad del espacio, la transversalidad de las cuencas, la variedad del clima, la dispersión de los espacios productivos y la diversidad biológica son características que no deben olvidarse para alcanzar el desarrollo. También el complejo devenir histórico y la avalancha demográfica de los últimos años son materias que es preciso tomar en cuenta. De otro lado, ha puesto de manifiesto que el eje motriz de la economía peruana ha sido la construcción de ciudades. Sin embargo, una gran porción de jóvenes no encuentra trabajo en la parte moderna de la economía, lo que ha generado informalidad. Promueve una radical reforma del Estado y del gobierno local para hacer posible lo que denomina una «nueva plaza de armas». Jiménez, por su lado, opina que el neoliberalismo tiene un carácter antirrepublicano, convirtiendo a la política en un mercado y no ha sido promotor de ciudadanía pues su programa es contrario a los principios del bien público. Por tanto, es preciso transformar el modelo económico y restituir a la democracia constitucional la virtud cívica. El Estado democrático, afirma, debe garantizar los derechos sociales y lograr la independencia económica de los ciudadanos como condición para su independencia política⁴¹.

⁴¹ Hay que recordar que, así como el neoliberalismo ha tenido y tiene defensores con gran influencia en los medios de comunicación y en la conducta de los políticos, también existe un numeroso grupo de críticos a ese sistema que no han tenido ni tienen la notoriedad de los primeros, y las críticas han llegado no solo desde el ámbito académico sino también de parte importante de la Iglesia Católica. Así, por ejemplo, la carta de los Superiores Provinciales de la Compañía de Jesús en su documento de 1996 «El neoliberalismo en América Latina».

En resumen, debemos combinar lo propio de nuestras heterogéneas culturas e imaginarios colectivos con los elementos aprovechables de la llamada globalización tecnológica, productiva y financiera, descartando los elementos que puedan inhibir la ampliación de los mercados locales y regionales, la reintroducción modernizada de tecnologías propias, la creatividad y el potencial inmensos del artesano y del empresario nacionales, el uso racional y la renovación de nuestras materias primas, el crecimiento de las ciudades intermedias, la recuperación de patrones de consumo autóctonos y la expansión de bienes de consumo intensivos en materias primas locales, el desarrollo científico y tecnológico autónomo, etc.

Más aún, bien entendida la propuesta, la necesidad de recuperar las raíces ancestrales no implica reintroducir los quipus, emplear a la gente como chasquis, restaurar los relojes de sol o utilizar las líneas de Nazca para planificar las campañas agrícolas. En última instancia, lo que se pretende es revalorar las creencias, las normas, los conocimientos, las expectativas y las culturas del multifacético Ande Profundo, sincréticamente quizá, para recuperar el sentido de la comunidad y para asegurar los sentimientos de autoconfianza, orgullo y pertenencia de los marginados, que son necesidades fundamentales para la supervivencia y desarrollo del ser humano. En ese entendido, se podría marchar hacia una economía de mercado que no solo tendría «rostro humano», como parecen quererlo ciertos gobiernos sino que también afrontaría las dolencias del cuerpo social, contando con una mente solidaria y un cuerpo equitativo y equilibrado.

La realización de un proyecto de esta naturaleza, sin embargo, requiere de la organización y movilización de la sociedad civil y sobre todo de las regiones, a fin de asegurar el sostenimiento de una estrategia de desarrollo alternativa a la que se viene aplicando tercamente en el país desde hace una generación y en contra de la gran mayoría de la población.

¿Somos pobres porque somos ricos? Recursos naturales, tecnología y globalización
Jürgen Schuldt

En síntesis, los problemas principales para América Latina y para el Perú se encuentran en la necesidad de vencer la pobreza extrema, disminuir la desigualdad, diversificar y dar mayor valor agregado a su producción, fortalecer las instituciones, aumentar la competitividad e instaurar una política racional de protección del medio ambiente, así como mejorar los sistemas de salud y la calidad en la educación escolar y universitaria. Estos retos deben enfrentarse sobre algunos logros importantes del siglo XX, pues en América Latina se registró un crecimiento considerable del producto y la productividad y se han levantado infraestructuras modernas. Los indicadores básicos de desarrollo humano registraron también un fuerte avance durante el pasado siglo. El Perú enfrenta importantes retos, pero está abierta la posibilidad de superarlos. Uno de ellos es la dificultad de dar estabilidad y calidad a las relaciones entre gobernantes y empresarios, desaprovechando oportunidades y desperdiciándose recursos.

El Perú viene caminando en una dirección conocida, débil en lo democrático y abierta al libre mercado, influido este último por poderes fácticos externos y aliados internos. Varias son las razones, dice Durand, para que las opciones neoliberales hayan tenido un apoyo ampliado, tanto desde el punto de vista del mercado como del Estado:

Primero, se han transformado las estructuras de poder económico, habiéndose redibujado un mapa de poder que fortalece al sector privado volcado hacia el mercado mundial. Segundo, la estructura económica gira cada vez con mayor fuerza entorno a capitales extranjeros que desplazan a los nacionales. Tercero, el Estado se ha hecho más dependiente del capital financiero y productivo, es decir, su autonomía se ha estrechado considerablemente. Cuarto, se hace más intensa la gravitación del bloque de fuerzas de la globalización en la definición de políticas públicas y en la difusión de una cultura capitalista (Durand, 2003, p. 532).

Sin embargo, al mismo tiempo, en el Perú se ha producido un importante crecimiento de la clase media, una disminución de la pobreza extrema y la búsqueda de una educación de mejor calidad. A pesar de ello se han mantenido elevadas desigualdades en la riqueza y los ingresos (Alarco, Castillo & Leiva, 2019, p. 155).

Frente a ello se originan propuestas que persiguen que el mercado sea inclusivo y competitivo, lo que implica un papel activo del Estado que lo obliga a contar con personal capacitado y a actuar de manera transparente. De este modo se busca crear un clima que facilitará la convergencia y el compromiso antes que la desavenencia y la confrontación. En esa propuesta es también necesario combatir la ilegalidad de la economía subterránea, pues todos los agentes económicos deben operar con reglas universales y factibles de aplicación. La investigación científica aplicada, la elevación de la productividad, la difusión del acceso a la propiedad y la generación de un sistema moderno de administración de justicia deben ser políticas de Estado que se deben mantener más allá de un gobierno específico. Los líderes de este cambio deben tener firmeza, genio estratégico e ingenio táctico. El Perú ha visto antes y también recientemente experiencias exitosas y alentadoras que deben mantenerse y extenderse en muchos otros ámbitos.

Nadie puede poner en cuestión que el desarrollo económico solo es posible con altas tasas de ahorro e inversión. Estas últimas se canalizan principalmente por la iniciativa del empresario y la creación de empresas. En general, si las regulaciones legales y de otro tipo son escasas, conocidas y estables, se favorecerá la creación y desarrollo de las empresas, y el crecimiento económico será más sostenido en el tiempo. Ello no se opone a la existencia de previsiones, de planeamiento estratégico y participativo provenientes tanto del Estado como de la sociedad civil. Y, si estas contribuyen

a disminuir la pobreza y la desigualdad, se habrá dado un paso realmente importante para el crecimiento del empleo productivo, el aumento de la competencia y la productividad, y la elevación de los ingresos. Pero este postulado teórico debe confrontarse con nuestra realidad.

Hay que recordar para el caso peruano que la teoría económica nos señala que:

Las condiciones internacionales y las políticas macroeconómicas influyen en el desempeño de una economía abierta y pequeña. En economías de ese tipo, el impacto de los precios internacionales de las exportaciones es usualmente significativo. Ante mayores precios de las exportaciones, su valor aumenta, lo que incrementa el flujo de divisas en la economía y los ingresos fiscales. La abundancia de ingresos fiscales le permite al Gobierno aumentar el gasto fiscal, tanto el gasto corriente como la inversión pública. Las tasas de inversión privada también aumentan cuando los términos de intercambio son favorables. Si estas condiciones internacionales se combinan con políticas de fomento de la inversión privada, incluyendo el control del déficit fiscal y de la inflación, los resultados económicos suelen ser positivos (Zegarra, 2014, p. 20).

La abundancia de recursos naturales, a la que en tantas ocasiones ha acudido el Perú para intentar lograr su desarrollo, no asegura un crecimiento económico sostenido; más aún, puede significar una desventaja en términos relativos, sea porque la riqueza fácil genera indolencia, porque los sectores primarios no se articulan con los otros sectores de la economía, por el deterioro de los términos de intercambio, por la volatilidad de los precios o por otras razones (Parodi, 2000, p. 58 ss.).

Pero hay además otra característica distintiva del Perú que es necesario subrayar: su profunda heterogeneidad, la que hace poco sólida la explicación del subdesarrollo desde un punto de vista exclusivamente económico. Así, variables políticas, institucionales, culturales, étnicas e históricas deben necesariamente tomarse en cuenta, y eso es válido para el examen íntegro, hasta nuestros días, de su devenir histórico.

No es posible tener un mercado fuerte con un Estado institucionalmente débil. Se requiere, por ejemplo, de normas jurídicas previsibles y aplicadas racionalmente en la solución de los conflictos. Son las instituciones, las relaciones sociales detrás del mercado y el rol del Estado los factores que constituyen la base del desarrollo económico. La reforma del Estado aparece como una pieza central: esto es, lograr un desarrollo institucional que ayude al empresario nacional a ser competitivo. La tecnocracia juega un papel determinante en este proceso, la que no solo debe contar con amplios conocimientos técnicos, sino también separar lo público de lo privado y actuar con honradez. Esta tarea es especialmente importante en el Perú, por cuanto durante los últimos años los gobiernos han reforzado el mercado, pero no han reformado al Estado. Y al actuar de esa manera han privilegiado a las grandes empresas,

principalmente extranjeras⁴². No es viable un país cuyas unidades y sectores económicos más dinámicos son primario-exportadores y preponderantemente extranjeros, y en el cual el empresariado nacional está asociado subordinadamente al mismo (Durand, 2003, p. 551). Alarco, Castillo y Leiva señalan sobre este proceso:

La propiedad del capital ha cambiado mucho durante estas seis últimas décadas. Efectivamente han surgido poderosas empresas emergentes que ahora son importantes a nivel nacional. Solo se han mantenido unas pocas familias cuyo origen es anterior a la década de 1950. Las otras familias de antaño son simplemente rentistas al vender sus participaciones empresariales. Unos pocos surgen al amparo de las reformas del gobierno militar de la década de 1970. La crisis de la década de 1980 destruyó a muchos de los viejos empresarios, que después fueron sustituidos por otros a partir de la década de 1990 y la primera década del siglo XXI. La privatización de empresas públicas sirvió de partida para la entrada masiva de capital extranjero y fue aprovechada por unos pocos empresarios locales. Un repaso de la estructura de propiedad en la mayoría de los sectores productivos muestra los grandes cambios ocurridos. Sin embargo, el capital rápidamente se concentró en pocas manos y las estructuras de mercado (hipótesis sin evaluar por el momento) son predominantemente oligopólicas, de competencia monopolística y cuasi monopólicas (Alarco, Castillo & Leiva, 2019, p. 155).

A modo de conclusión, los retos del siglo XXI radican en la consolidación de una institucionalidad democrática, que brinde a todos los ciudadanos igualdad efectiva de oportunidades en el acceso a servicios públicos eficientes que garanticen cohesión y equidad social, así como el logro del desarrollo económico, basado en el mercado y la iniciativa privada orientadas por la acción del Estado que compatibilice la inserción en la globalización con la rectoría de nuestro propio destino.

⁴² Según un estudio en curso del ingeniero Guillermo Van Oordt Parodi, algunas de las veinte empresas más importantes que operan en el Perú están dominadas por el capital extranjero. Así, por ejemplo, entre ellas Telefónica del Perú y Refinería (capital mayoritario español); Refinería la Pampilla (ídem); Cía. Minera Antamina (capitales inglés y suizo); Southern Peru Copper Corp. (capitales de EEUU y México); Banco Continental (capital mayoritario español); América Móvil Perú (capital mexicano); Minera Las Bambas (capital chino); Scotiabank Perú (capital de Bahamas); Interbank (capital de Panamá); Enel Distribución Perú (capital mayoritario italiano); Minera Yanacocha (capital mayoritario de EE.UU.); Samsung Electronics Perú (capital de Corea), Glencore Perú (capitales suizo e inglés); Cencosud Retail Perú (capital chileno), etc. Frente a ello las pocas empresas de capitales peruanos de envergadura son, entre otras, Petróleos del Perú (estatal); Banco de Crédito (mayoritario peruano); el Seguro Social del Perú (estatal); Alicorp (mayoritario peruano); Rímac Seguros y Reaseguros (Perú); Gloria (ídem) y Ferreyros (ídem).

CAPÍTULO 4

DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO AL ESTADO DE JUSTICIA

1. SURGIMIENTO DEL ESTADO DE BIENESTAR

Citando al profesor italiano Predieri, aludimos al concepto de Estado social de derecho como «frontera móvil, nunca realizada del todo definida como meta que se mueve». Como afirma García Pelayo, mientras en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, en el siglo XX se asumió que la dignidad es una condición necesaria para el ejercicio de la libertad (1987, p. 26). Se produce progresivamente un cambio en la actitud ciudadana frente al Estado, que se manifiesta en (i) la convicción de que la carencia de ciertos bienes fundamentales es incompatible con la dignidad humana; (ii) el destinatario de las nuevas expectativas de los ciudadanos es el Estado; y (iii) las nuevas expectativas de los ciudadanos aspiran a expresarse en forma de derechos (Contreras Peláez, 1996, p. 24).

En consecuencia, no debería haber diferencias sustanciales entre derechos civiles y políticos y los derechos sociales, económicos y culturales, en cuanto a su titularidad, la necesidad de su respeto y la gravedad de su violación o negación y, en fin, los instrumentos jurídicos básicos para su protección (Ruiz, 1994, p. 653). Así, se ha consolidado la doctrina de la integralidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

Es a finales del siglo XIX que va naciendo entonces un Estado prestacional, orientado en forma creciente a la satisfacción de las necesidades sociales básicas de los ciudadanos. Este proceso se verá reflejado en incrementos sustanciales de los presupuestos y las burocracias estatales.

Ya en el siglo XX, en las sociedades capitalistas avanzadas de Occidente, la conjunción de factores como la extensión del sufragio universal, los resultados de la Primera Guerra Mundial, la Gran Depresión de 1929 y la presión de los movimientos obreros dieron como resultado la evolución traumática del Estado burgués liberal

(Cotarelo García, 1990, p. 10), que se manifestó en el ámbito económico como una intervención creciente del Estado, con el propósito de obtener y garantizar el bienestar de las mayorías.

El denominado Estado de bienestar se origina, pues, en un contexto en el que comienza el final de la preponderancia de la vida rural y el individuo es cada vez en mayor medida incapaz de satisfacer por sí solo sus necesidades básicas, a lo que se suma la aparición de nuevos riesgos vinculados al creciente industrialismo. Comienza entonces a extenderse en los países más desarrollados la convicción de que al Estado le corresponde la responsabilidad de garantizar a los ciudadanos un mínimo de bienestar. Resulta así que el Estado de bienestar es resultado de un largo proceso histórico, cuyo desarrollo no es uniforme sino salpicado de avances y retrocesos, impulsado por el sentimiento común que entiende la vida no solo como un valor que debe ser respetado, sino también promovido para lograr una «digna calidad de vida», tanto individual como colectivamente (Martín-Retortillo Baquer, 1991, pp. 30-31).

He de reconocer que entre la economía y la ética no trazo ninguna frontera precisa, si es que hago alguna distinción. El régimen económico que vaya en contra del progreso moral de un individuo o de una Nación tiene que ser necesariamente inmoral y, por consiguiente, pecaminoso. Lo mismo ocurre con todo sistema económico que permite echarse sobre otro país para apoderarse de él. [...]

Según la idea que se me ha ido haciendo de ella, la democracia es el régimen bajo el cual los más débiles tienen las mismas posibilidades que los más fuertes. Ese resultado solo puede obtenerse mediante la no-violencia.

Todos los hombres son hermanos
Gandhi

El primer antecedente histórico del Estado de bienestar se encuentra en la doctrina del socialismo democrático de Louis Blanc en la revolución francesa de 1848 (Cotarelo García, 1990, p. 44). La primera vez que se utiliza el término «Estado de bienestar» fue en Alemania, durante el imperio guillermiano, específicamente bajo el régimen de Otto von Bismarck, como una reacción frente al avance del movimiento obrero y la socialdemocracia (Cotarelo García, 1988, p. 19). Así, el 17 de noviembre de 1881, en un famoso discurso el emperador Guillermo I anuncia al Parlamento el proyecto de un Estado social (Sotelo, 2010, p. 172) y de este modo el Estado de bienestar adquiere su primer perfil institucional (Planas, 1993b, p. 64). La aparición del Estado de bienestar se explica parcialmente en la necesidad de la élite en el poder de legitimarse para dar estabilidad a un sistema en crisis (Tohá, 1994, p. 2).

No hay que confundir el Estado social de derecho con el Estado de bienestar. Si bien actualmente se utilizan ambos conceptos indistintamente, el primero es estrictamente jurídico-constitucional, mientras el otro es un concepto no normativo, sino descriptivo, sociopolítico y socioeconómico desarrollado en Europa Occidental y en los países anglosajones. Es así que históricamente han existido regímenes autoritarios con una activa política social que en modo alguno pueden ser clasificados como Estados sociales de derecho (Fernández-Miranda Campamor, 2003, p. 140). Lo que debería caracterizar al verdadero Estado social es la posibilidad de equilibrar las prestaciones sociales con la profundización de la democracia. El Estado social no protege a súbditos sino a ciudadanos (Contreras Peláez, 1996, p. 47).

Mientras el estado de derecho surge de la oposición de la sociedad burguesa contra el Estado, el Estado social nace cuando aparecen crecientes demandas de la sociedad por servicios públicos. Como afirma García Pelayo (1985) se tratará de proteger a la sociedad mediante la acción del Estado (p. 287). Lucas Verdú (1984) señala que el techo ideológico del liberalismo constitucional se fue democratizando y la estructura socioeconómica basada en el derecho de propiedad y en el mercado libre atravesó profundas modificaciones en el siglo XX en un proceso que ha sido denominado el paso del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho (p. 193).

Este proceso tiene sus antecedentes históricos en la Constitución mexicana de 1917 y en la alemana de 1919. En ninguno de estos textos se recoge explícitamente la cláusula del Estado social de derecho, pero ambos, con mayor o menor extensión, incorporan los derechos económicos y sociales, que constituyen sus más significativas manifestaciones. Es mérito histórico de la Constitución de Weimar el haber sido la primera que incorpora en su texto una «constitución económica» completa en sentido formal. En su artículo 151 declaró que: «El orden de la vida económica tiene que coincidir con los principios de justicia, con el fin de que proporcione una existencia de acuerdo con la dignidad humana». El Estado de bienestar que inspira la Constitución de Weimar cuestiona la consideración del trabajo como mercancía, al estimarla incompatible con la dignidad humana. El trabajo es un derecho y un deber, pero no una mercancía que pueda llevarse al mercado (Sotelo, 2010, pp. 198-199). León Barandiarán (1930) señala que la Constitución de Weimar condensó la ideología política y social de esos tiempos representada por la socialdemocracia, así como la Declaración francesa de 1789 inspiró a las constituciones del siglo XIX (p. 11).

En la Inglaterra de principios del siglo XX se inicia el Estado de bienestar bajo la gestión del ministro de Hacienda del gobierno del Partido Liberal, David Lloyd George. En efecto, a partir de 1906 se instauró el seguro social contra enfermedad, accidentes, vejez y desempleo; se estableció una ley de salario mínimo; se organizaron bolsas de trabajo y agencias de empleo; y se aprobó una reforma tributaria gravando

a los más ricos, con el propósito de financiar la guerra contra la pobreza. Una de las primeras socialdemócratas inglesas, Beatrice Webb, concebía el «socialismo» como educación pública, provisión pública de servicios sanitarios y seguro médico, parques y campos de juegos públicos, provisión colectiva para los ancianos, enfermos y desempleados, etc. (Judt, 2010, p. 79).

Posteriormente, el Estado de bienestar se consolida como alternativa ante la Gran Depresión y el caos económico de los años treinta. Es así que emerge el pensamiento del economista John M. Keynes, quien en su *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, sostuvo que la demanda genera oferta y que las fallas del mercado debían corregirse con intervención estatal. El keynesianismo no solo fue una corriente renovadora de la teoría económica clásica, sino que aportó la fundamentación que necesitaba el Estado de bienestar (Cotarelo García, 1988, p. 21). Cuatro aportaciones keynesianas fueron fundamentales en la construcción del Estado de bienestar: (i) la crítica de la economía clásica del *laissez faire*; (ii) diferenciar entre ahorro e inversión, al poner de manifiesto que el primero no garantiza la segunda; (iii) la utilización óptima de los recursos materiales y humanos; (iv) una política monetaria que marque el tipo de interés adecuado para mantener un empleo alto a lo largo del ciclo (Sotelo, 2010, p. 208).

Si se debe a Keynes la teoría económica del Estado de bienestar, su puesta en marcha institucional se debe en gran medida a la obra del economista británico William H. Beveridge, quien propuso en 1941 la reforma de la seguridad social con la finalidad de procurar su acceso a todos los ciudadanos y cubrir todos los posibles sucesos que lleven a una disminución o pérdida del ingreso por enfermedad, accidente, invalidez o vejez (pp. 221-222).

En los Estados Unidos, a partir de 1933, durante el gobierno de Franklin Roosevelt, se impulsaron las políticas del *New Deal*, que no combate ni destruye el sistema capitalista sino que lo refuerza con una importante intervención estatal, mediante grandes programas de obras públicas, inyecciones de crédito estatal dirigido por el Gobierno Federal hacia los sectores deprimidos y una expansión del gasto público para suplir las deficiencias de la iniciativa privada (cfr. Salvat, 2005, XIX, p. 276). Incluso se desarrollaron mecanismos de planificación con la creación de la Tennessee Valley Authority (Judt, 2010, p. 65). El *New Deal* en esos años comprendía una amplia política de seguridad social para la población en general.

Empero, las políticas públicas del *New Deal* no estuvieron exentas de conflictos jurídico-políticos. Así, en el caso de la *National Industrial Recovery Act*, que era una ley marco que establecía un conjunto de medidas para fomentar la producción y el empleo, algunas de sus disposiciones fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema (p. 20). A partir de 1937, la Corte revisó su jurisprudencia y le dio un giro total asumiendo que el *New Deal* era constitucional (Rubio Lara, 1991, p. 138).

En materia de política social, Roosevelt propugnó que ante todo problema que afectase a la Unión en su conjunto, debía estimarse como competente la intervención del Gobierno Federal, aun cuando la Constitución no lo asignase expresamente. Entre las materias que consideró que afectaban a la Unión destaca la promoción de derechos sociales, propuestos por Roosevelt para complementar los derechos constitucionalmente reconocidos (Sáenz Royo, 2003, p. 53). Así, se dio un paso histórico en los Estados Unidos con la vigencia de la Ley de Seguridad Social de 1935.

Hemos llegado a una clara comprensión del hecho de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica. Los hombres necesitados no son hombres libres.

Mensaje anual al Congreso de EE.UU., pronunciado el 11 de enero de 1944
Franklin Roosevelt

Puede afirmarse que el aporte histórico más relevante del Estado de bienestar fue la institucionalización de los derechos sociales fundamentales, es decir, el derecho de todo ciudadano, por el hecho de serlo, a recibir del Estado unas prestaciones monetarias (pensiones, subsidios o ayudas) en determinadas circunstancias, y un conjunto de servicios públicos sociales, entre los que destacan los educativos y sanitarios, y cada vez más, también los medioambientales, culturales y de ocio (Casilda Béjar, 1996, p. 18).

2. EL TRÁNSITO DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO AL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Si bien la gestación del Estado de bienestar había abarcado *grosso modo* un siglo y medio, recién su proyección jurídico-política como modelo bien definido se consolida y expande en el periodo posterior a la guerra a partir de 1945, con el auge del constitucionalismo del Estado social de derecho (Contreras Peláez, 1996, p. 141). La fórmula del Estado social de derecho fue acuñada por el constitucionalista alemán Hermann Heller, en el periodo histórico entre las dos guerras mundiales. Heller asumía la constatación del temor de la burguesía frente a la transformación del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho, como efecto del acceso de representantes políticos de los sectores populares al Poder Legislativo. La idea de la democracia social implicaba el sometimiento de la economía al estado de derecho. Frente a esa alternativa aparece la opción de la dictadura, ya que la burguesía comienza a desesperar del ideal del estado de derecho y a renegar de su propio universo cultural (Heller, 1929, citado en Balaguer, 2002, p. 92).

Es así que, de forma paulatina pero sostenida, la cláusula del Estado social de derecho se impone en el derecho comparado. Debe destacarse, en primer lugar, la Constitución italiana de 1947, ordenamiento constitucional surgido a la caída del fascismo, que define a Italia en el artículo 1 como «una República democrática, fundada en el trabajo». El Estado social italiano, aunque no explícitamente proclamado, está de hecho formulado en sus principios en el artículo 3.2 de la Carta Fundamental de 1947, que constituye la cláusula de la igualdad sustantiva (González Moreno, 2002, p. 31): «Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país».

El artículo 1 de la Constitución francesa de 1946 definió a Francia como «República indivisible, laica, democrática y social», marcando una ruptura con la tradición del liberalismo individualista de la Declaración de 1789, aun cuando su preámbulo, ratificado por la Constitución de 1958, incluye una declaración de derechos económicos y sociales y se remite al documento fundacional de 1789⁴³.

En esa misma dirección se ubica la Ley Fundamental de Bonn de 1949, cuyo artículo 20.1 declara: «La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social». El Tribunal Administrativo Federal de Alemania en una memorable resolución del año 1954 señaló sobre la relación entre el ciudadano y el Estado: «Sería incompatible con la idea de Estado democrático el hecho de que numerosos ciudadanos, que contribuyen con sus votos a la conformación del poder estatal, se encontraran al mismo tiempo sin derecho alguno en lo referente a la subsistencia»⁴⁴.

Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán ha precisado que, aunque el concepto de estado federal social contiene una adhesión al Estado social de decisiva importancia en la interpretación de la Ley Fundamental, corresponde al legislador desarrollar los aspectos esenciales para concretarlo (González Moreno, 2002, p. 35).

La libertad, valor superior del Estado liberal de derecho, se complementa con la igualdad, valor superior del Estado social, y se integran bajo la cláusula del Estado

⁴³ Carmona Cuenca (2000), comentando la constitucionalización del Estado social en Francia señala que «en Francia, la Constitución de 1958 contiene en su Preámbulo una alusión al Preámbulo de la Constitución francesa de 1946, que si incluía una declaración de derechos económicos y sociales. Como es sabido, en una decisión del *Conseil Constitutionnel* de 1971, este se declaró competente para controlar la adecuación de las leyes a la Constitución, incluyendo en esta última el Preámbulo con su alusión al Preámbulo de 1946. De esta forma, los derechos sociales entraron a formar parte de la Constitución francesa y posteriormente el *Conseil Constitutionnel* ha utilizado estos derechos como parámetro de constitucionalidad» (p. 155).

⁴⁴ Bundesverwaltungsgericht, Urteil 24-06-1954 (vc 78/54), cit. por Contreras Peláez, 1996.

social de derecho, como puntualiza Parejo Alfonso, comentando su reconocimiento y aplicación en la Constitución española de 1978:

En resumen, pues, la libertad —valor inmanente y propio del estado de derecho— no se establece en nuestra constitución en los términos clásicos del modelo ‘Estado liberal de Derecho’. Se trata de una libertad que, como valor constitucional, solo puede entenderse en una relación de complemento mutuo con el de igualdad, en tanto que necesarios ambos para otorgar consistencia al suelo axiológico mismo del texto constitucional: la dignidad de la persona, que —a su vez— sustenta por entero el ordenamiento jurídico en calidad de fundamento del orden político y de la paz social (Parejo Alfonso, 1983a, pp. 80-81).

La configuración de la constitución económica en el marco jurídico del Estado social de derecho está determinada por el intervencionismo estatal. Como lo define Melo López (2015), el Estado social es intervencionista en procura de la igualdad: «se trata de un Estado que interviene en la sociedad, que asume funciones de procura existencial y de redistribución, un Estado que actúa abiertamente contra la desigualdad social, para que la igualdad jurídica y la libertad individual, incluidas en el estado de derecho, no se conviertan en una fórmula vacía para un número más creciente de ciudadanos» (p. 20).

El Estado liberal de derecho presupone un sistema económico basado en los principios de libre competencia y de soberanía irrestricta del propietario sobre el objeto de su propiedad; el Estado social, en cambio, intenta someter la economía de mercado a una serie de modulaciones derivadas del principio de funcionalidad social de la economía: medidas relacionadas con la protección del empleo, limitación de la jornada de trabajo, regulación de los contratos laborales. El despliegue del Estado social puede conducir al conflicto entre dos formas de pensamiento antinómicas: una basada en la libre competencia y la otra sustentada en la economía social. La doctrina alemana ha caracterizado al Estado social de derecho como un Estado basado en un principio estructural complejo: el democrático, el social y el del estado de derecho (Parejo Alfonso, 1983a, p. 51). Contreras Peláez (1996) señala, acertadamente, que el problema central del actual Estado democrático y social de derecho es la complementación de ambas formas de pensamiento (p. 65).

Los Estados europeos que se reconstruyen a raíz de la Segunda Guerra Mundial son ya Estados de bienestar en el pleno sentido de la palabra y se fundamentan en un pacto político entre el socialismo, el liberalismo y la democracia cristiana que se sella al final de la guerra. Este pacto histórico se dio en llamar consenso socialdemócrata, y perseguía los fines básicos de seguridad, libertad e igualdad (Carmona, 2000, p. 80).

Los mencionados antecedentes inspiraron al artículo 1 de la Constitución española de 1978, que siguiendo la línea de la Ley Fundamental de Bonn, define al Estado como social y democrático de derecho, declaración que constituye un importante referente de la cláusula del Estado social en las constituciones peruanas de 1979 y de 1993.

3. CRISIS Y RECONVERSIÓN DEL ESTADO DE BIENESTAR

La crisis en la década de 1970, con el deterioro de las economías occidentales que siguió al aumento de los precios del petróleo propiciado por la OPEP (Organización de Países Exportadores de Petróleo), inició el ocaso del keynesianismo y marcó un giro en la economía a una visión monetarista de libre mercado. Así, se afirma que la crisis del capitalismo se manifiesta en cuatro aspectos: (i) la transnacionalización del capital y el incremento creciente de la competitividad; (ii) la inestabilidad de los mercados internacionales; (iii) la implantación de nuevas tecnologías que, a corto plazo, han generado elevadas tasas de paro; y (iv) una forma de crecimiento económico antiética e inconciliable con las condiciones ambientales planetarias que conlleva la verosimilitud de la extinción de la humanidad por un desastre ecológico (Cotarelo García, 1988, pp. 28-29).

Las críticas al Estado de bienestar surgidas principal, pero no únicamente, de posiciones políticamente conservadoras y del neoliberalismo económico, tienen distintas manifestaciones. Algunas de las primeras no cuestionan frontalmente la existencia del propio Estado de bienestar. Su preocupación se centra más bien en la crisis cultural de las sociedades occidentales (pérdida de valores tales como laboriosidad, disciplina, austeridad, etc.) que permite y alienta el triunfo de un hiperindividualismo promovido por una cultura del consumo y del ocio; de ahí que no siempre cuestionen un cierto intervencionismo estatal, aunque combatan los ‘excesos’ igualitaristas. Otros, como los liberales, atacan frontalmente al Estado de bienestar en términos de la economía política.

Así, se comienza a tomar conciencia de que la situación descrita no es normal y que distorsiona la economía, pues sustrae recursos del sector privado —el mayor generador del crecimiento— para colocarlos en programas que en proporción creciente obedecen a objetivos políticos cuestionables; de otro lado, aparece cada vez con mayor nitidez la evidencia de la baja productividad del sector empresarial público. En ese contexto, el neoliberalismo acusa al Estado de bienestar de supuestas deficiencias estructurales, como el ‘paternalismo’ estatal, la hiperburocratización, el exceso de reglamentación que asfixia la iniciativa privada, entre otras (Contreras Peláez, 1996, p. 149).

Frente a ello, señala Ariño Ortiz (1993, p. 202) que surgen dos ideas centrales: la primera, la privatización de todas aquellas empresas que no entrañan una evidente razón de interés público en su actuación; y la segunda, sobre el estilo de gestión en aquellas empresas públicas que subsistan, mediante la concesión de la gestión de servicios públicos a particulares, de ser posible introduciendo un régimen de competencia.

La crisis generó un cuestionamiento al Estado de bienestar, al considerarse que su expansión era incompatible con el crecimiento económico. La caída del Muro de Berlín y el colapso de la Unión Soviética dejaron al capitalismo sin alternativa global. Como efecto de esa crisis, se ha impuesto sobre cualquier otra consideración la interpretación económica de los hechos sociales y políticos. Incluso factores que aparentemente podrían ser susceptibles de una valoración política, como el derrumbe de los regímenes del este de Europa, son integrados dentro de la racionalidad económica como una prueba más de la imposibilidad de la existencia de alternativas al capitalismo o de una determinada política económica. El discurso economicista manifiesta una clara debilidad cuando se manifiesta como autosuficiente. En efecto, que el sistema capitalista sea el que haga posible un mayor desarrollo económico es algo que puede ser aceptado sin mayor debate, pero que el desarrollo económico sea un fin en sí mismo al que todo tenga que ser supeditado, es algo que no puede ser aceptado desde distintas posiciones (p. 95).

En ese contexto, el neoliberalismo en sus versiones maximalistas no solo pretende el vaciamiento progresivo sino la abolición de los derechos sociales (Salazar Ugarte, 2006, p. 42). El ascenso del monetarismo iniciado en el Reino Unido en la década de 1980, con el gobierno conservador de Margaret Thatcher, impuso sus recetas de desregulación, reprivatización y reducción de la presión fiscal y del gasto en programas de asistencia social⁴⁵. En 1979, el Estado británico era dueño de la mayor parte de la producción de carbón, acero, gas, electricidad, agua, ferrocarriles, líneas aéreas, sistemas de telecomunicaciones, centrales nucleares y astilleros, y tenía una participación significativa en los sectores de petróleo, banca, navegación y transporte por carreteras. Antes de finalizar 1997 casi todo esto había pasado al sector privado.

⁴⁵ Sobre el caso estadounidense, Mishra (2000) sostiene: «Desde comienzos de los años ochenta el debate sobre cuestiones de política social ha estado dominado por el pensamiento neoconservador. Según esta escuela de pensamiento, el principal problema al que se enfrenta la sociedad americana no es la pobreza, sino la dependencia de la asistencia social, la maternidad sin pareja y el debilitamiento de los incentivos para trabajar. Esta última preocupación cobra cada vez más importancia a la luz de la proliferación de empleos de bajos salarios. Los críticos radicales de la política social americana afirman, justificadamente, que la guerra contra la pobreza ha sido sustituida desde hace tiempo por una guerra contra los pobres [...] Sin embargo, en su versión conservadora estas teorías no van mucho más allá de la vieja ideología del liberalismo de mercado del siglo XIX de culpar a la víctima» (pp. 114-115).

En política social, el abandono explícito bajo Thatcher de la responsabilidad del gobierno respecto del pleno empleo significó un cambio en la doctrina económica desde Keynes a Friedman, a la vez que marcó una transformación fundamental de las funciones del Estado (Gray, 2000, pp. 41-42). Esa visión del mundo se resume en el lema de Thatcher: «La sociedad no existe, solo hay individuos y familias» (Judt, 2010, p. 99).

Para el neoliberalismo, los servicios públicos sociales son intrínsecamente ineficientes porque no se rigen por los mecanismos de libre competencia y libre intercambio, que son, según sus defensores, los únicos que garantizan el logro de la mayor calidad al menor precio. En ese orden de ideas, los sistemas de servicio público son la causa de los problemas de déficit público, del aumento excesivo de los impuestos y de la supervivencia de estructuras parasitarias e improductivas en el Estado (Tohá, 1994, p. 9).

A partir de la década de 1980 la reforma del Estado de bienestar en los países occidentales ha estado orientada a una serie de cambios: medidas de austeridad, privatización del sistema estatal de pensiones, descentralización administrativa del sistema de prestaciones sociales, campañas de incorporación de los parados a la vida laboral (Tarnawski, 1999, pp. 99-100). Sin embargo, como destaca Alan Greenspan, ni el Tratado de Maastricht y el asociado Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea han modificado profundamente los imperativos del Estado de bienestar: su adopción europea ha sido demasiado profunda para someterse a las restricciones por acciones discrecionales en política económica (Greenspan, 2008, p. 11).

La redistribución moderna y, en particular, el Estado social edificado en los países ricos a lo largo del siglo XX se construyó en torno a un conjunto de derechos sociales fundamentales: los derechos a la educación, la salud y la jubilación. Cualesquiera que sean las limitaciones y los retos a los que se enfrentan hoy en día esos sistemas de ingresos y gastos, representan un inmenso progreso histórico. Más allá de los conflictos electorales y del juego político partidario, esos sistemas sociales son objeto de un consenso muy amplio sobre todo en Europa, donde predomina un muy fuerte apego a lo que se percibe como «un modelo social europeo». Ninguna corriente de opinión significativa, ninguna fuerza política de importancia, considera seriamente regresar a un mundo en el que la tasa de recaudación volviera a bajar a 10% o 20% del ingreso nacional y en el que el poder público se limitara a funciones mínimas de soberanía. [...]

Por el contrario, ninguna corriente significativa respalda la idea de que el proceso de expansión del Estado social deba recuperar en el futuro el mismo ritmo que tuvo durante el periodo 1930-1980 (lo que podría aumentar la tasa de recaudación a 70-80% del ingreso nacional de aquí a 2050-2060).

El capital en el siglo XXI
Thomas Piketty

Toda esta crisis del Estado de bienestar conlleva a la reformulación del Estado social de derecho para orientar sus políticas públicas a la mejora de la calidad de la gestión y del gasto en los servicios sociales. Asimismo, el Estado social debe promover las negociaciones entre el capital y el trabajo, con la finalidad de lograr un crecimiento productivo y generador de puestos de trabajo y no solo especulativo, a través de la institucionalización de los consejos económicos y sociales para la consecución de consensos y compromisos en materia socioeconómica y laboral. Como señala Cotarelo García (1990), al servicio de la igualdad socioeconómica existen en el derecho comparado un conjunto de órganos de gran experiencia y tradición, como el Consejo Nacional de Economía y Trabajo en Italia y el Consejo Económico y Social francés (p. 72). En el Perú destacó la frustrada propuesta de Haya de la Torre del Congreso Económico Nacional, que no obtuvo acogida en la Asamblea Constituyente de 1979⁴⁶. Como resume Eugenio Chang-Rodríguez, la propuesta del Congreso Económico tenía las siguientes características:

Con el fin de solucionar los problemas económicos, propuso la reunión de un Congreso Económico de representantes de las principales fuerzas vitales: capital y trabajo, comercio e industria, agricultura y minería, transporte y comunicación. Ese Congreso debe investigar los recursos económicos y la capacidad productiva del país a fin de plantear conclusiones concretas acerca de su desarrollo. Cumplida esa misión, debe convertirse en Consejo o Cuerpo Consultivo permanente para proponer al Ejecutivo y al Parlamento las medidas convenientes y necesarias para impulsar la organización económico-social nacional, con miras a su ampliación regional y continental (Chang-Rodríguez, 2012, p. 382).

De otro lado, la sostenibilidad financiera de los servicios prestacionales del Estado social supone como condición necesaria la construcción de un Estado redistributivo, que actúe como un recaudador eficiente de tributos, de modo que, sin estrangular la iniciativa privada, sirva para financiar adecuadamente el presupuesto para que este se constituya en un instrumento de la orientación política del gobierno para la atención de las necesidades sociales básicas de la población.

En América Latina se han desarrollado «Estados de bienestar segmentados», que se caracterizan por su incapacidad para cubrir a toda población (Ocampo, 2005, p. 117). Uno de los singulares modelos de Estado de bienestar más eficaces fue el de Uruguay, el primero en antigüedad en América Latina, pero que atravesó por una aguda crisis de sostenibilidad (Casilda Béjar, 1996, p. 26). Como señala Martínez de Pisón (1998), en ese contexto hablar de Estado social es hablar de una utopía inimaginable, y así emerge una realidad insoslayable: los derechos sociales en un mundo pobre por excelencia son

⁴⁶ Sin embargo, en el artículo 111° de la Constitución de 1979 se consagró la planificación concertada, que orienta la actividad económica del sector privado. Esta propuesta fue sustentada por el constituyente aprista Luis Rodríguez Vildósola.

derechos de ricos y privilegiados (p. 204). Aun cuando pueden calificarse como Estados de bienestar tardíos, se asume que en América Latina estamos en su etapa inicial de construcción (Kerstenetzky, 2017, pp. 219-242).

En la medida en que en el Perú los recursos para la política social provienen en su mayoría de los impuestos, el Estado social peruano, en situaciones de urgencia, deberá desarrollar una estrategia nacional que atendiendo razonablemente los pagos de la deuda externa, en un mundo dominado por los mercados financieros, permita también atender con mayores recursos fiscales las prioridades de la deuda interna y especialmente la denominada deuda social (Béjar, 2001, p. 238).

Si bien el Estado de bienestar a nivel mundial se encuentra en proceso de reconversión, el actual sistema económico global, pese a todos sus beneficios, está afectando seriamente la calidad de vida del planeta. Navarro, desde una visión crítica, califica a la globalización como una forma de mundialización de la actividad económica desarrollada según políticas neoliberales que están dañando el bienestar de las clases populares del Norte y del Sur. La experiencia histórica de Europa Occidental demuestra que los Estados que están más integrados en la economía internacional son los países escandinavos, de tradición socialdemócrata, y son a su vez los que ofrecen mayor protección social a sus poblaciones⁴⁷. Este hecho niega el discurso que afirma que se requiere una reducción de la protección social y del nivel salarial para mejorar la competitividad (Navarro, 2000, pp. 264-265). Concluida la década de reformas monetaristas en el mundo desarrollado, los hechos demuestran que en la actualidad el Estado social prestacional se resiste a desaparecer (Contreras Peláez, 1996, p. 167). Así, las medidas de recortes del gasto público adoptadas en España desde 2009 y en otros países de Europa, desataron la movilización de «los indignados» en las calles de Lisboa, Londres, Frankfurt, Atenas y Roma (Morales, 2015, p. 33).

Muchos datos indican que las personas confían más en otras personas si tienen mucho en común con ellas: no solo la religión o la lengua, sino también la renta. Cuanto más igualitaria es una sociedad, más confianza reina en ella. Y no solo es una cuestión de renta: donde las personas tienen vidas y perspectivas parecidas es probable que también compartan lo que se podría denominar «visión moral».

Algo va mal
Tony Judt

⁴⁷ «Así, en Suecia o Finlandia, dos de los países del mundo en cuanto a su renta per cápita o su PIB, la distancia que separa a sus ciudadanos más ricos de los más pobres es muy pequeña, y siempre están a la cabeza en los índices de bienestar mensurable. Por el contrario, Estados Unidos, pese a su gran riqueza agregada, siempre figura abajo en esos índices. Estados Unidos gasta grandes sumas en sanidad, pero su esperanza de vida sigue estando por debajo de la de Bosnia y solo es un poco mejor que la de Albania» (Judt, 2010, p. 33).

4. DIMENSIÓN ÉTICA DEL ESTADO SOCIAL Y LA PROPUESTA DEL ESTADO SOCIAL COMO ESTADO DE JUSTICIA

Desde la perspectiva ética, el Estado social de derecho no puede permanecer indiferente ante las actitudes morales de los ciudadanos. Como afirma Contreras Peláez (1996), el Estado social es incompatible con el agnosticismo ético, pues está basado en opciones morales muy definidas a favor de la solidaridad, la igualdad y la dignidad de la persona. El relativismo axiológico es una grave amenaza para él: si no consigue inculcar esos valores comunitaristas en la población, si se permite que entre los ciudadanos prevalezcan los puntos de vista economicistas y ultraindividualistas, su labor estará condenada al fracaso (p. 81).

Como señala Cortina (1999), si el Estado de bienestar ha degenerado en megaeestado, como afirman sus críticos liberales, los mínimos de justicia que pretende defender el Estado social constituyen una exigencia ética, que en modo alguno se puede dejar insatisfecha. Así, el Estado social de derecho tiene como presupuesto ético la necesidad de defender los derechos humanos, incluyendo los económicos, sociales y culturales, con lo cual la exigencia que presenta es de una ética de justicia, que debe ser satisfecha por cualquier Estado que se pretenda legítimo (p. 75).

No sé si, en las circunstancias político-económicas actuales, un estudio sobre el Estado social no hubiera debido de adoptar un tono elegíaco. El gran experimento civilizador practicado por Europa occidental en el tercer cuarto del siglo XX (a saber, el intento de hacer compatibles la eficiencia económica, la democracia política y la justicia social) fue, según pretenden ahora muchos, un completo error. Alguien ha decretado que algunos de estos tres elementos están de más. La mundialización económica, la batalla por los 'nichos de mercado', exige una sociedad adulta-competitiva, una sociedad que se ponga realmente a trabajar y abandone los ensueños románticos de reducción de la desigualdad, dignificación del trabajo y democratización empresarial. La seguridad social, los derechos laborales y sindicales, la presión fiscal (el más eficaz instrumento redistributivo en manos del Estado) son, al parecer, estorbos que aherrojan a las sufridas economías europeas, hipotecándolas en su épico combate contra taiwaneses, singaporeses y coreanos. Los responsables políticos se disponen a liberarnos de esos lastres. Resultará una sociedad definitivamente dual, una sociedad de ganadores y perdedores (ya Galbraith, advirtió irónicamente, que la lógica capitalista exige que los perdedores 'lo sean realmente' que caigan 'de verdad', la amortiguación interpuesta por el Estado asistencial —subsidios, servicios gratuitos, garantía de un 'minimum' existencial— no hace sino desnaturalizar el juego), una sociedad menos justa y civilizada aunque, eso sí, muy 'competitiva'.

Defensa del Estado social
Francisco Contreras Peláez

Frente a la crítica radical de sus detractores y a las distorsiones que en algunas versiones europeas ha sufrido el concepto del Estado de bienestar, Cortina propone superar la idea del Estado de bienestar por un nuevo Estado social, el Estado de justicia, orientado a la satisfacción de los derechos y necesidades básicas como una responsabilidad de justicia que no debe quedar exclusivamente en manos privadas, sino de un nuevo Estado social, alérgico al megaestado, al electorerismo y al clientelismo. Este Estado de justicia debe establecer nuevas relaciones con la sociedad civil y ser sostenible económica y financieramente para satisfacer las exigencias básicas que caracterizan a la noción de ciudadanía social (p. 87).

Adela Cortina asume como derechos sociales fundamentales a los laborales, así como los derechos a la educación, la vivienda, la salud y otras prestaciones sociales, pero diferencia entre Estado de justicia y Estado de bienestar. Para Cortina, el Estado de justicia es la alternativa al Estado de bienestar (pp. 72-78). La justicia debe ofrecerla el Estado, pero el bienestar personal es subjetivo y debe procurarlo cada ciudadano (p. 75). Así, se debe institucionalizar los mínimos de justicia, pero no de bienestar (p. 80).

En suma, los diferencia en estos términos:

El bienestar es algo que se requiere conseguir lo más que se pueda, pero ese bienestar que cada uno se lo pague como quiera.

Hay gente cuyo bienestar es importantísimo tener un cochazo, hay gente para la que es importantísimo comer sesos de canario... hay gente para la que todo eso es fundamental y todo eso no se lo vamos a pagar.

El bienestar es la sensación de la plena satisfacción, el estar bien del todo... pero a mí ese tipo de propuesta no me gusta porque creo que el bienestar es algo que cada uno se lo deba pagar como quiera y como pueda.

En cambio creo que la protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales es una cuestión de justicia.

Y la justicia exige que se cumpla aquello que es justo. Por ejemplo, tiene que haber una atención sanitaria de calidad: «El que pueda, que se la pague» ...No no, la atención sanitaria de calidad la tiene que tener todo el mundo. Si hay gente que además se quiere cambiar la nariz y se quiere hacer otras cosas en la cara, pues que se lo pague de su bolsillo.

Pero lo que es de justicia, la atención a un señor que tiene una enfermedad del corazón, que tiene un traumatismo, tiene que estar reconocido como un derecho. Entonces, en un Estado de justicia, todas esas necesidades básicas de los ciudadanos, como una educación de calidad o una atención sanitaria de calidad, son cuestiones de justicia (Cortina, 2014b).

A nuestro juicio, el Estado de justicia que tutela unos mínimos de prestaciones sociales es el más adecuado para la adaptación a la realidad latinoamericana del Estado social de derecho y debe guiar su interpretación constitucional. En suma, tal como lo resume Ramonet: «La nueva teoría económica ya no cree en la infalibilidad del mercado y busca un puente hacia el postcapitalismo: ni el Estado Providencia de los socialdemócratas ni el Estado Mínimo de los ultraliberales, sino un Estado que proteja una economía con el mercado, más preocupado por la solidaridad social y corrigiendo los imprevistos y riesgos de la globalización» (1997, p. 68).

5. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COMO UN ESTADO DE CULTURA. EL DERECHO DE ACCESO A LA CULTURA Y AL DESARROLLO CIENTÍFICO-TECNOLÓGICO

Häberle, quien considera a la cultura como elemento configurador del Estado constitucional, resalta el enfoque antropológico como fundamento del derecho constitucional a la cultura en Alemania:

Lo determinante sigue siendo el enfoque antropológico: el ser humano tiene distintas necesidades culturales, a las cuales debe dar un marco óptimo el derecho constitucional. En ese sentido, el derecho, incluso el derecho constitucional de la cultura en el Estado federal, ¡es solo un instrumento! El ser humano no vive solo de la cultura, pero esencialmente vive hacia la cultura y de la cultura de generaciones pasadas y presentes (en el sentido de un contrato cultural y de las generaciones, que en sí es una conquista cultural). La cultura es, y crea, la posibilidad y la realidad de dar sentido en una historia que se concibe abierta. Dicho en palabras de A. Gehlen: el ser humano es «por naturaleza un ser cultural» (Häberle, 2002, p. 242).

En la doctrina española, Prieto de Pedro señala que el Estado de cultura erige a la cultura como el «principio humanizador de la acción del Estado» (1993, p. 223; citado en Ruiz-Rico & Pérez Sola, 2002, p. 1608), a lo que agregamos que la cultura humaniza a toda la sociedad y debe ser una responsabilidad social del sector privado.

En el Perú, desde el ámbito de la cultura, cabe citar a Vargas Llosa sobre la relación entre cultura y pluralismo: «Condenar el «nacionalismo cultural» como una atrofia para la vida espiritual de un país no significa, por desdeñar en lo más mínimo las tradiciones y modos de comportamiento nacionales o regionales [...] Significa únicamente reclamar, en el ámbito de la cultura, la misma libertad y el mismo pluralismo que deben reinar en lo político y en lo económico en una sociedad democrática. La vida cultural es más rica mientras es más diversa y mientras más libre e intenso es el intercambio y la rivalidad de ideas en su seno» (Vargas Llosa, 1983).

Como antecedentes del tratamiento constitucional de la cultura en el derecho comparado debemos referirnos a la Constitución italiana de 1947, que en su artículo 9 declara: «La República promoverá el desarrollo de la cultura y de la investigación científica y técnica. Salvaguardará el paisaje y el patrimonio histórico y artístico de la Nación».

Más completa en la recepción y desarrollo de la Constitución cultural ha sido la Constitución portuguesa de 1976. Así, proclamó en el artículo 73.3 como competencia del Estado la promoción de la democratización de la cultura, en los siguientes términos: «El Estado promoverá la democratización de la cultura, estimulando y asegurando el acceso de todos los ciudadanos, en especial de los trabajadores, al goce de la cultura y a la creación cultural, a través de organizaciones populares básicas, colectivos de cultura y recreo, medios de comunicación social y otros medios adecuados».

Lucas Verdú (1984) afirmaba que el Estado de cultura —*Kulturstaat*— surge en la Constitución española de 1978, en el artículo 27.2 cuando establece que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». Señala que el Estado de cultura supone el libre desarrollo de la persona y de sus grupos a través del arte, la ciencia, el saber y la técnica, supeditados al valor superior de la dignidad de la persona humana (p. 355).

La Constitución peruana de 1979 fue la primera en nuestro país en desarrollar el Estado de cultura. Así, el artículo 2.16 reconoció el derecho fundamental a la participación ciudadana en la cultura: «A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación». Asimismo, el capítulo IV del título I («Derechos y deberes fundamentales de la persona») fue dedicado a «la educación, la ciencia y la cultura».

La Constitución peruana de 1993 contiene un bloque normativo que conforma la Constitución cultural. Así, empieza con el inciso 17 del artículo 2 que reconoce, en los mismos términos de la Constitución de 1979, el derecho a la participación en la vida cultural de la Nación.

También la actual Norma Suprema en el artículo 2, inciso 19, reconoce la interculturalidad del Estado peruano, al consagrar que toda persona tiene el derecho: «A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación». En la parte final del artículo 89 se declara que el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas.

El párrafo final del inciso 8 del artículo 2 de la Carta Fundamental reconoce el derecho fundamental de acceso a la cultura: «El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión». Ferreyros (2006) destaca que para la satisfacción de este derecho es necesario el acceso a las obras del intelecto, ya que el acervo

cultural está nutrido por las obras de los creadores, lo cual es la razón para anteponer el acceso a la cultura al derecho de aquellos (p. 129).

Asimismo, dentro del capítulo II («De los derechos sociales y económicos») del título I («De la persona y la sociedad»), el artículo 13 declara que: «La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana». Esta disposición debe conexionarse directamente con la declaración del artículo 1 de la Norma Suprema, que proclama el valor superior del respeto de la dignidad de la persona humana.

El derecho constitucional de acceso al desarrollo científico y tecnológico aparece reconocido en la Constitución peruana de 1993 en el segundo párrafo del artículo 14, que declara como uno de los fines del Estado «promover el desarrollo científico y tecnológico del país».

El artículo 21 de la Norma Suprema, en su primer párrafo, prevé la tutela del patrimonio cultural de la Nación, como dimensión objetiva del derecho a la cultura:

Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

En la STC Exp. 042-2004-AI caso Luis Alejandro Lobatón Donayre, en el fundamento 1 se reconoció que el precitado bloque normativo conforma la Constitución cultural:

Estas disposiciones constitucionales, junto con la dignidad humana —como premisa antropológica—, constituye la dimensión principal del contenido cultural de nuestra constitución, es decir, el conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o grupo social; el cual abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y creencias.

La sentencia del caso Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos es la primera que en nuestra jurisprudencia constitucional reconoce que el Estado peruano es multicultural y poliétnico, y en esa dirección cita a la teoría culturalista de W. Kymlicka: «La diversidad cultural es valiosa, tanto en el sentido cuasiestético de que crea un mundo más interesante, porque otras culturas poseen modelos alternativos de organización social que puede resultar útil adaptar a nuevas circunstancias. Este último aspecto suele mencionar con relación a los pueblos indígenas cuyos estilos de vida tradicionales proporcionan un modelo de relación sostenible con el entorno» (Kymlicka, 1992, pp. 170-171).

Así, el Estado social de derecho debe ser entendido también como un Estado de cultura, que debe cumplir los fines de la Constitución cultural, incluyendo un cierto grado de intervencionismo que no debe ser idéntico en sus distintos ámbitos. Incluso el derecho a la cultura entendido como libertad de creación cultural se puede garantizar mejor con la abstención del Estado. Sin embargo, en otros ámbitos es indispensable recurrir a su actuación positiva, especialmente en lo que se refiere a la promoción y difusión de la cultura como un servicio público cultural (museos, archivos, bibliotecas públicas, entre otros) (Ruiz-Rico & Pérez Sola, 2002, p. 1618), así como en el ámbito de la promoción, defensa y protección de la investigación científica y sus resultados.

En esa dirección, coincidimos con Tajadura (1997) sobre la función cultural del Estado en el siglo XXI: «La mera garantía de la libertad cultural no asegura el acceso a todos a la cultura. Los poderes públicos han de adoptar medidas positivas de desarrollo, a fin de hacer accesibles a todos los bienes culturales. ¿Quién garantizaría la conservación del patrimonio cultural si el poder público no asumiera dicha función? ¿Estaría igualmente asegurada la educación de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad si el Estado no la concibiera como un servicio público?» (p. 126).

Asimismo, le corresponde al Estado como finalidad primordial un rol promotor del acceso a la cultura y al desarrollo científico y tecnológico, en procura del desarrollo sostenible y la calidad de vida humana, con la finalidad de adaptarnos exitosamente a la sociedad basada en el conocimiento. Los retos del siglo XXI, que obligan a potenciar la productividad de nuestra economía, no pueden afrontarse sin políticas públicas y una rectoría del Estado en estas áreas (cfr. Grobart Sunshine, 2005, pp. 221-258).

Es interesante resaltar el modelo finlandés, cuyo Estado cumple una doble función como Estado de bienestar y Estado desarrollista. Castells y Himanen (2006) destacan que, como Estado de bienestar, la política finlandesa se ha basado en inversiones en un sistema educativo gratuito, público y de gran calidad, que otorga igualdad de oportunidades para aprender e incorpora el potencial de la población de manera más completa que otros países (p. 101).

Dentro de las posibilidades —más modestas, por cierto— del Estado peruano y con el objetivo de insertarnos plenamente a la sociedad red del siglo XXI, se deberá cumplir con el mandato del artículo 58 de la Constitución, que le asigna como misión orientar el desarrollo del país y actuar principalmente en el área de la educación. Solo así estaremos en condiciones de garantizar el desarrollo sostenible del país y el derecho fundamental de toda persona a participar en la vida económica, social y cultural de la Nación.

6. CONTENIDO MATERIAL DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

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

El Estado es uno e indivisible.

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

Como se podrá apreciar de las ideas expuestas, en el Estado social de derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para atender sus necesidades vitales.

En esa dirección, García Pelayo ha considerado que el desarrollo de sistemas sin los cuales no es posible la vida civilizada incluye

la seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional, que incluye no solo la defensa exterior, sino también la seguridad interior frente al delito y la subversión, la prevención de situaciones de necesidad de carácter global: la degradación del medio ambiente, el agotamiento de los recursos naturales, las situaciones de conflicto y las tensiones sociales, etc.; y la garantía de ciertas prestaciones sociales, más allá de su simple reconocimiento: la fijación de un salario vital mínimo, el acceso a un puesto de trabajo en el marco de una política de pleno empleo; la atención a los colectivos más débiles: discapacitados, ancianos, niños, desempleados, etc.; y el acrecentamiento de las posibilidades vitales de la población mediante una justa distribución de ingresos, de acuerdo con las posibilidades de la situación económica general; mediante el progresivo acceso a los bienes culturales, con especial atención a la innovación y la posesión de los conocimientos tecnológicos (requisito para la reproducción del sistema), y por la expansión y perfeccionamiento de los servicios sociales y de los sistemas de previsión social (García Pelayo, 1985, pp. 29-30).

El contenido material de la cláusula del Estado social de derecho se expresa en varias manifestaciones, a partir de su desarrollo doctrinal y jurisprudencial:

- *Referencia social a los derechos fundamentales.* Supone una transformación de los derechos y libertades clásicos. Frente al estado de derecho liberal, que abandona al derecho privado las relaciones económicas entre particulares, el Estado social se proclama como un Estado intervencionista que regula las relaciones laborales (Carmona Cuenca, 2000, p. 122). La característica fundamental del modelo del Estado social es la fusión entre el trabajo y los derechos sociales (Tohá, 1994, p. 5). Se extiende en el catálogo de derechos fundamentales

a los derechos sociales laborales (Blancas Bustamante, 2011, p. 185 ss.). Es así que con el Estado social, el Estado se socializa como un poder intervencionista en la vida económica. En esa dirección, se desarrolla la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales o *Drittwirkung*⁴⁸. No se podría admitir que, desde la óptica de los derechos fundamentales, se entienda como el ejercicio pleno de la libertad un contrato suscrito desde un estado de necesidad, de dominio y preeminencia que impone un poder privado, porque la realidad social del Estado constitucional no funciona desde la simetría y paridad en las relaciones privadas que exigiría la autonomía de la voluntad, y porque, en consecuencia, desde situaciones privadas de privilegio se pueden conculcar los derechos y libertades de quienes ocupan las posiciones más débiles. Existe una tendencia generalizada doctrinal, jurisprudencial e incluso legal, a admitir la fórmula de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a terceros (Vega, 1988, p. 133).

Asimismo, la referencia social de los derechos fundamentales admite la posibilidad de una reconfiguración de las políticas sociales e incluso una cierta reversibilidad de las conquistas sociales. Sin embargo, esto no implica que el margen de acción legislativa en ese ámbito no sea susceptible de control jurisdiccional por el Tribunal Constitucional para garantizar la vigencia del Estado social (Balaguer, 2002, p. 109).

- *Vinculación social del Estado*. Supone la obligación del Estado de atender las necesidades básicas de los ciudadanos. Mientras el Estado liberal se proclamaba como un Estado abstencionista, el Estado social se presenta como un Estado que interviene en las relaciones económicas para corregir las diferencias de hecho entre las distintas clases sociales (Carmona Cuenca, 2000, p. 176).
- *Determinación de fines sociales del Estado*. Da lugar a una vinculación directa para todos los poderes públicos, no solo para el legislador, en la aplicación del derecho, ya sea por los jueces o por la Administración. La jurisprudencia alemana ha concebido la cláusula del Estado social como habilitación y mandato al legislador para que se ocupe activamente de los asuntos sociales. La actuación de los poderes públicos deberá inspirarse en la obligación de configurar la sociedad con un contenido social y en ningún caso pueden aplicar el derecho en un sentido contrario (González Moreno, 2002, pp. 56-57).

⁴⁸ Esta doctrina de origen alemán, inspirada por el jurista Nipperday, se consolidó en la jurisprudencia constitucional alemana a partir del hito inicial del caso Lüth (1958) y se ha extendido a nivel internacional. Véase Blancas Bustamante, 2011, p. 281 ss.

Dentro de esta orientación, las leyes presupuestarias constituyen un instrumento propio del Estado social que determina la orientación política de la acción de gobierno (p. 60).

- *Obligación de articular la sociedad sobre bases democráticas.* El Estado social de derecho se construye sobre bases democráticas, como lo precisa la doctrina alemana que afirma esta obligación del Estado (Carmona Cuenca, 2000, p. 188 ss.). La idea es conjugar el estado de derecho y el Estado social, generando como síntesis la democracia social, esto es, la extensión de la democracia a los ámbitos social y económico⁴⁹.

La democracia social se manifiesta en dimensiones económicas y empresariales. En la democracia económica comprende participación de la sociedad civil en el proceso de formación de las decisiones del Estado a través de organismos tales como los consejos económicos y sociales⁵⁰.

A nuestro juicio, el contenido material del Estado social de derecho deberá adaptarse en materia de derechos sociales a las exigencias de la competitividad impuestas por la globalización y los cambios culturales de la sociedad, sobre la base del conocimiento que han generado nuevas realidades laborales flexibles: jornadas parciales, horarios múltiples, trabajo en el hogar en la nueva sociedad digital, entre otros aspectos. Las políticas del Estado social en estos nuevos mercados laborales deberán promover la prosperidad económica y minimizar la inseguridad social (cfr. Benner, 2006).

7. VALOR NORMATIVO DE LA CLÁUSULA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La eficacia jurídica de la cláusula del Estado social de derecho se expresa en su valor interpretativo del resto del ordenamiento jurídico. En esta concepción, la cláusula del Estado social excluye una interpretación radicalmente individualista de los derechos fundamentales, restringiendo el alcance de ciertos derechos económicos, como la función social de la propiedad o los límites a la libertad absoluta de contratación laboral por parte del empresario (González Moreno, 2002, pp. 62-63). Por otro lado, la cláusula del Estado social constituye un parámetro de constitucionalidad.

⁴⁹ Esta expresión ya fue empleada por Hermann Heller, 1981 (citado por Carmona Cuenca, 2000, p. 190, n. 164).

⁵⁰ Como referencia cabe citar al artículo 131. 2 de la Constitución española de 1978, que prevé la creación de un consejo encargado de la elaboración de los proyectos de planificación, conformado por sindicatos, organismos profesionales, empresariales y económicos. Fue creado como Consejo Económico y Social por la ley 21/1991.

Se podría invocar la cláusula del Estado social como argumento para fundamentar un proceso de inconstitucionalidad contra una ley presuntamente regresiva en materia socioeconómica cuya anulación se pretenda (p. 63).

Asimismo, resulta importante plantear en el plano jurisdiccional la inconstitucionalidad por omisión. Las omisiones legislativas inconstitucionales se configuran por el incumplimiento de un mandato constitucional al legislador para la adopción de leyes que concreten los fines sociales del Estado explícitos en la Norma Suprema (p. 216). En ese sentido, en el presente libro resaltamos el rol de tutela que cumple el Tribunal Constitucional con relación a los denominados derechos económicos, sociales y culturales.

En ese orden de ideas, corresponderá a la actividad jurisprudencial del Tribunal Constitucional corregir las restricciones que limitan el disfrute de algún derecho a grupos o sectores determinados, sin justificación razonable, vulnerando el principio o derecho fundamental a la igualdad (Fernández-Miranda Campoamor, 2003, pp. 173-174).

8. EL ESTADO SOCIAL EN LAS CONSTITUCIONES PERUANAS DE 1979 Y 1993

El preámbulo de la Constitución de 1979 asumió explícitamente los valores del Estado social y democrático de derecho, a diferencia de la Constitución de 1993, que vació de contenido material a la declaración de la República como democrática y social, al punto que Blume Fortini (2001) sostiene que ha retornado al constitucionalismo del Estado liberal de finales del siglo XIX (p. 365). Respecto a la Carta Fundamental de 1993, se ha afirmado que es un texto que carece propiamente de contenido preambular (p. 367)⁵¹, signo de la ausencia de valores y de sentimiento y cultura constitucional de los autores de la Constitución de 1993. El preámbulo de la Constitución y las denominadas declaraciones programáticas no son una platónica declaración de buenos deseos, como se sostiene para desconocer su dimensión jurídica estricta. Más bien su reducción y eliminación en el texto de 1993 evidencia su vacío contenido axiológico y la resistencia que generan en los sectores más conservadores las denominadas normas programáticas.

En ese sentido, el actual texto constitucional se ha distanciado de los enunciados y principios del Estado social y democrático de derecho que estaban explícitos en la Norma Suprema de 1979. Esta Constitución alude desde su preámbulo a la

⁵¹ El «texto preambular» de la Carta de 1993 es una declaración vacía de contenido axiológico que se limita a declarar que: «El Congreso Constituyente Democrático, invocando a Dios Todopoderoso, obedeciendo el mandato del pueblo peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones, que nos han precedido en nuestra patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución».

revolución científico-técnica en curso, refiriéndose a la «revolución tecnológica que transforma al mundo». Así, vislumbró la actual globalización y la sociedad basada en el conocimiento. Si no es políticamente viable restablecer la vigencia del texto fundamental de 1979, debería incorporarse al texto constitucional vigente el preámbulo de esa Constitución, tal como la Constitución francesa de 1958 integra como parte de ella al preámbulo de la Constitución de 1946, que reconoce los derechos sociales fundamentales y afianza el carácter de Estado social en el régimen constitucional francés.

Que el trabajo es deber y derecho de todos los hombres y representa la base del bienestar nacional; Que la justicia es valor esencial de la vida en comunidad y que el ordenamiento social se cimenta en el bien común y en la solidaridad humana; Decididos a promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores, exenta de toda discriminación por razones de sexo, raza, credo o condición social, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía; una sociedad abierta a formas superiores de convivencia y apta para recibir y aprovechar el influjo de la revolución científica, tecnológica y económica y social que transforma el mundo; Decididos asimismo a fundar un Estado democrático, basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta, que garantice a través de instituciones estables y legítimas la plena vigencia de los derechos humanos; la independencia y la unidad de la República; la dignidad creadora del trabajo, la participación de todos en el disfrute de la riqueza, la cancelación del subdesarrollo y la injusticia; el sometimiento de gobernantes y gobernados a la Constitución y la ley; y la efectiva responsabilidad de quienes ejercen función pública; Convencidos de la necesidad de impulsar la integración económica, política y cultural de los pueblos latinoamericanos y de afirmar su independencia contra todo imperialismo; Conscientes de la fraternidad de todos los hombres y de la necesidad de excluir la violencia como medio de procurar solución a conflictos internos e internacionales; Animados por el propósito de mantener y consolidar la personalidad histórica de la Patria, síntesis de los valores egregios de múltiple origen que le han dado nacimiento; de defender su patrimonio cultural; y de asegurar el dominio y la preservación de sus recursos naturales; Evocando las realizaciones justicieras de nuestro pasado autóctono; la fusión cultural y humana realizada durante el virreinato; la gesta de los Libertadores de América que inició en el Perú Túpac Amaru y aquí culminaron San Martín y Bolívar; así como las sombras ilustres de Sánchez Carrión, fundador de la República y de todos nuestros próceres, héroes y luchadores sociales, y el largo combate de un pueblo para alcanzar un régimen de libertad y justicia.

Preámbulo de la Constitución peruana de 1979

En esa misma dirección, el artículo 79 de la Constitución peruana de 1979 declaró que «El Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo». En esta definición del Estado, que tiene su antecedente en la Constitución italiana de 1947, influyó el pensamiento del Partido Aprista Peruano,

liderado por el presidente de la Asamblea Constituyente de 1979, Víctor Raúl Haya de la Torre, que preconizaba una definición del Estado peruano como «república de trabajadores manuales e intelectuales».

Una de las tareas pendientes de la República del Perú es el reconocimiento de la denominada ciudadanía social, que en términos de libertad e igualdad sea socialmente incluyente y satisfaga los derechos básicos económicos, sociales y culturales. Así, podemos entender que se cumpla en el Perú la construcción de una sociedad bien ordenada, en el sentido de una comunidad política orientada por una concepción pública de la justicia, como plantea Rawls. Esta ciudadanía social constituye el conjunto de pretensiones y expectativas que cada ciudadano en cuanto tal, con proyección universalista, expresa frente al Estado o, más ampliamente, al poder público, para obtener las garantías de seguridad necesarias en la vida y en el trabajo; y todo ello a fin de dar contenido de dignidad a la existencia individual (Monereo, 1996, p. 160)⁵².

La situación actual de exclusión de amplios sectores de la sociedad peruana nos demuestra que estamos aún lejos del logro del respeto a la dignidad de la persona humana como fin supremo de la sociedad y del Estado, principio declarado en la norma de apertura de la Constitución peruana de 1993⁵³. En esa misma dirección, el inciso 1 del artículo 2 reconoce el derecho de igualdad ante la ley: «Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole». Asimismo, el artículo 3 de la Norma Suprema de 1993, la cláusula constitucional de los derechos implícitos, declara que 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

⁵² Esta tarea pendiente, una sociedad republicana de iguales, no fue asumida por el Estado y la clase política gobernante durante la vigencia de las constituciones peruanas de 1979 y 1993. Así, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (CVR), en las conclusiones de su informe sobre el conflicto armado interno que conmovió al Perú entre los años 1980 y 2000, afirma que, conjuntamente con las brechas socioeconómicas, el proceso de violencia evidenció la gravedad de las desigualdades de índole étnico-cultural que prevalecen aún en el Perú. El racismo es aún un aspecto fundamental para comprender el funcionamiento de muchas instituciones del Estado y de la sociedad, que excluyen a muchos peruanos como ciudadanos plenos. De los testimonios recibidos, el 75% de las víctimas fatales del conflicto armado interno tenían el quechua u otras lenguas nativas como idioma materno.

⁵³ Como señala Camps (1990), «Cuando solo unos cuantos merecen ser llamados “personas”, ¿qué interés moral que personalidad moral— se les puede exigir a los demás, a los que no viven como personas? [...] Rousseau entendió que la democratización de la sociedad significaba la conversión del individuo en ciudadano. Esa conversión ha de contar sin duda, con el don de la libertad, pero también con la exigencia de compartir unos intereses comunes, de unificar las voluntades a unos mismos objetivos. Como pueda lograrse ese fin, por supuesto difícil de precisar, pero pienso que a ello debe aplicarse sustancialmente la filosofía moral» (pp. 24-25).

dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho⁵⁴ y de la forma republicana de gobierno.

El artículo 43 proclama que proclama que la República del Perú es democrática y social. Al margen de la voluntad de los constituyentes de 1993, no consideramos que deba ser considerada como una noción vacía, carente de sustancia de la cual no se deriven consecuencias jurídicas⁵⁵. No se puede contraponer programático con directivo y afirmar que no es vinculante. Estas declaraciones tienen valor jurídico normativo, como precisa la doctrina italiana. La calificación de normas programáticas fue utilizada por la doctrina y jurisprudencia en Italia, que las distinguía de las normas preceptivas. Sin embargo, esta posición errónea fue refutada en Italia en el sentido de que, si con la expresión «norma programática» se quiere decir norma que se puede o no poner en práctica, se está negando entonces el concepto mismo de norma jurídica. Vaciar de juridicidad a las normas programáticas supone mutilar arbitrariamente la Constitución, eliminar de la Norma Suprema una parte esencial e impedir la debida comprensión histórica de los factores económicos, políticos y sociales de los que la Constitución es expresión directa (Cobrerros Mendazona, 1987, p. 28).

En esa dirección, el artículo 44 desarrolla el techo ideológico del Estado social de derecho, al prever como sus deberes primordiales «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población contra las amenazas contra su seguridad; promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación».

El carácter social del estado de derecho, aun cuando solo nominalmente, se reafirma en el artículo 58, dentro del título III («Del régimen económico»), que reconoce la libre iniciativa dentro del sistema económico de economía social de mercado,

⁵⁴ La referencia que la Constitución peruana de 1993 hace al denominado Estado democrático de derecho es un lapsus constitucional, ya que no puede ser identificado con el término acuñado por la doctrina alemana. Este alude a un Estado de justicia orientado al socialismo democrático que, como precisa el maestro español Lucas Verdú (1984, p. 360), su aplicación «puede transformar profundamente la estructura socioeconómica». En la doctrina constitucional española, Díaz (1975) considera que el Estado social de derecho es un Estado neocapitalista, en cambio «el Estado democrático de derecho [...] exige ser construido desde una organización económica e ideológica de carácter socialista como forma más correcta de llegar a la realización de una auténtica democracia» (p. 178). Como se puede advertir, el concepto del Estado democrático de derecho es manifiestamente antinómico con el régimen económico de la Constitución peruana de 1993.

⁵⁵ Sobre el artículo 43 de la Constitución peruana de 1993, se puede sostener que tiene un valor impeditivo, al igual que el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978. Este define a España como Estado social y democrático de derecho, en el sentido de que cierra la posibilidad de, por ejemplo, un derecho inconstitucional, de modo que son inconstitucionales las normas que contradigan las calificaciones de socialidad y democraticidad expresadas en el mencionado precepto (Lucas Verdú, 1984, p. 362).

en el cual el Estado tiene atribuida la rectoría del desarrollo del país. De ahí que se mantiene la fusión de los componentes social y liberal en la unidad de la Constitución. El rol social del Estado como «principio general» del régimen económico aparece explícito en el artículo 59, que declara que el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren desigualdad. En tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Dentro de ese mismo Título el artículo 77 de la Norma Suprema prevé los deberes presupuestarios del Estado: El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización.

En la dirección del Estado social se ubica la Defensoría del Pueblo, institución a la que, conforme al artículo 162 de la Norma Suprema, le corresponde la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, y supervisar el cumplimiento de los deberes de la Administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Careciendo la Carta Fundamental de 1993 de un texto preambular que desarrolle con mayor amplitud el techo ideológico de la Constitución y que constituya la fuente de interpretación de esta, tendremos que recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su condición de supremo intérprete de la Constitución para delimitar y precisar su contenido y alcances.

9. EL ÁMBITO EXTRACONSTITUCIONAL: EL FORO DEL ACUERDO NACIONAL

Puede sostenerse que el concepto social, por la falencia de contenido material en el texto constitucional de 1993, tendrá que ser desarrollado en ámbitos extraconstitucionales. En el caso peruano, a la caída del régimen autoritario de Fujimori se abrió el espacio de concertación interinstitucional del Foro del Acuerdo Nacional, que tuvo especial impulso en los años subsiguientes a la caída del fujimorato, cuando se fueron congregado en él representantes del Estado, partidos políticos y la sociedad civil a través gremios empresariales, profesionales, sindicatos, iglesias y organizaciones no gubernamentales. El Acuerdo Nacional fue aprobado por casi todas las fuerzas políticas y las instituciones más representativas de la sociedad civil, con el objetivo de crear una visión nacional compartida sobre el futuro y formular las políticas de Estado para lograrlo, incentivando la participación ciudadana.

El Acuerdo Nacional es una institución peculiar, compuesta por el gobierno en sus tres niveles, los partidos políticos con representación parlamentaria y organizaciones de la sociedad civil; por ello se afirma que el gobierno es parte del Acuerdo, pero el Acuerdo no es parte del gobierno. El Acuerdo Nacional persigue reforzar

la gobernabilidad democrática, proveyendo lineamientos de política de largo plazo, políticas de Estado que provengan no de las orientaciones de cada gobierno, sino del consenso adoptado por los que participan en el Acuerdo Nacional.

El Foro del Acuerdo Nacional, que puede constituir en el futuro una instancia de planeamiento estratégico participativo, generó una gran convergencia nacional con la aprobación del documento de Políticas de Estado. Ha aprobado 34 políticas de Estado, las que han sido agrupadas en cuatro ejes temáticos: (i) democracia y estado de derecho; (ii) equidad y justicia social; (iii) competitividad del país; y (iv) estado eficiente, transparente y descentralizado.

Políticas de Estado del Acuerdo Nacional

Democracia y estado de derecho	Equidad y justicia social	Competitividad del país	Estado eficiente, transparente y descentralizado
Régimen democrático y estado de derecho	Reducción de la pobreza	Afirmación de la economía social de mercado	Estado eficiente y transparente
Democratización y fortalecimiento del sistema de partidos	Igualdad de oportunidades sin discriminación	Competitividad, productividad y formalización económica	Institucionalidad de las Fuerzas Armadas
Afirmación de la identidad nacional	Acceso universal a la educación y promoción de la cultura y el deporte	Desarrollo sostenible y gestión ambiental	Ética, transparencia y erradicación de la corrupción
Institucionalización del diálogo y la concertación	Acceso universal a servicios de salud y seguridad social	Desarrollo de la ciencia y la tecnología	Erradicación del narcotráfico
Planeamiento estratégico y transparencia	Acceso al empleo pleno, digno y productivo	Desarrollo en infraestructura y vivienda	Plena vigencia de la Constitución y los derechos humanos
Política exterior para la democracia y el desarrollo	Promoción de la seguridad alimentaria y la nutrición	Ampliación de mercados con reciprocidad	Acceso a la información y libertad de expresión
Seguridad ciudadana y erradicación de la violencia	Fortalecimiento de la familia y protección de la niñez	Desarrollo agrario y rural	Eliminación del terrorismo y reconciliación nacional
Descentralización política, económica y administrativa			Sostenibilidad fiscal y reducción de la deuda pública
Seguridad nacional			

(*) Fuente: Lineamientos Estratégicos para el Desarrollo Nacional 2010-2021 — Documentos de Trabajo 2, CEPLAN/PCM, Lima, 2009, pág. 93

Desde la perspectiva de esta publicación, deben destacarse las siguientes políticas de Estado aprobadas por el Foro del Acuerdo Nacional como compromisos, que corresponden a un Estado social del siglo XXI y que para su concreción requieren la institucionalización del Consejo Económico y Social, para conferirle al mercado un horizonte social:

- La quinta, referida al compromiso de impulsar las acciones del Estado sobre la base de un planeamiento estratégico que oriente los recursos y concerte las acciones necesarias para alcanzar los objetivos nacionales de desarrollo, crecimiento y adecuada integración a la economía global. En ese sentido, el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN) es una institución encargada de realizar estudios y proponer insumos al Acuerdo Nacional.
- La décima, referida al compromiso de dar prioridad efectiva a la lucha contra la pobreza y a la reducción de la desigualdad social, aplicando políticas integrales y mecanismos orientados a garantizar la igualdad de oportunidades económicas y sociales y políticas.
- La décimo primera, referida al compromiso de dar prioridad efectiva a la promoción de la igualdad de oportunidades. Así, esa orientación el Estado social incorpora un correctivo al principio de igualdad formal en pro de una igualdad sustantiva, que protege a ciertos grupos sociales discriminados, permitiendo la discriminación positiva o la acción positiva a favor de oportunidades, reconociendo que en nuestro país existen diversas expresiones de discriminación e inequidad social, en particular contra la mujer, la infancia, los adultos mayores, las personas integrantes de comunidades étnicas, los discapacitados y las personas desprovistas de sustento, entre otras.
- La décimo segunda, referida al acceso universal e irrestricto a una educación integral pública, gratuita y de calidad, que promueva la equidad entre hombres y mujeres, afiance los valores democráticos y prepare ciudadanos y ciudadanas para su incorporación activa a la vida social.
- La décimo tercera, referida al compromiso de asegurar las condiciones para un acceso universal a la salud en forma gratuita, continua, oportuna y de calidad, con prioridad en las zonas de concentración de pobreza y en las poblaciones más vulnerables.
- La décimo cuarta, referida al compromiso a promover y propiciar, en el marco de la economía social de mercado, la creación descentralizada de nuevos puestos de trabajo, en concordancia con los planes de desarrollo nacional, regional y local, y a mejorar la calidad del empleo, con ingresos y condiciones adecuadas, y acceso a la seguridad social para permitir una vida digna.

- La décimo quinta, referida al compromiso de establecer una política de seguridad alimentaria que permita la disponibilidad y el acceso de la población a alimentos suficientes y de calidad, para garantizar una vida activa y saludable dentro de una concepción de desarrollo humano integral.
- La décimo séptima, que se refiere al compromiso de sostener la política económica del país sobre los principios de la economía social de mercado, que es de libre mercado, pero conlleva el papel insustituible de un Estado responsable, promotor, regulador, transparente y subsidiario, que busca lograr el desarrollo humano y solidario del país mediante un crecimiento económico sostenido con equidad social y empleo.
- La décimo octava política de Estado, referida al compromiso de incrementar la competitividad del país con el objeto de alcanzar un crecimiento económico sostenido que genere empleos de calidad e integre exitosamente al Perú en la economía global, y al compromiso de promover y lograr la formalización de las actividades y relaciones económicas en todos los niveles.
- La décimo novena, referida al compromiso de integrar la política nacional ambiental con las políticas económicas, sociales, culturales y de ordenamiento territorial, para contribuir a superar la pobreza y lograr el desarrollo sostenible del Perú y al compromiso de institucionalizar la gestión ambiental, pública y privada, para proteger la diversidad biológica, facilitar el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, asegurar la protección ambiental y promover centros poblados y ciudades sostenibles con la finalidad de ayudar a mejorar la calidad de vida, especialmente de la población más vulnerable del país.
- La vigésimo primera, referida al compromiso de desarrollar la infraestructura y la vivienda con el fin de eliminar su déficit, hacer al país más competitivo, permitir su desarrollo sostenible y proporcionar a cada familia las condiciones necesarias para un desarrollo saludable en un entorno adecuado.
- La vigésimo cuarta política de Estado, referida al compromiso de construir y mantener un Estado eficiente, eficaz, moderno y transparente al servicio de las personas y de sus derechos y que promueva el desarrollo y buen funcionamiento del mercado y de los servicios públicos. Asimismo, a los compromisos de que el Estado atienda a las demandas de la población y asegure su participación en la gestión de políticas públicas y sociales y de garantizar una adecuada representación y defensa de los usuarios de estos servicios, la protección a los consumidores y la autonomía de los organismos reguladores de servicios públicos.

Tal como hemos señalado, desde el ámbito extraconstitucional ha sido una contribución muy importante la iniciativa civil denominada Agenda Perú, que ha publicado estudios diversos y un informe final en el que han participado muy destacadas figuras del ámbito académico, intelectual y político. Tales estudios tratan sobre el Perú en el contexto internacional; la transformación productiva y la competitividad; la equidad y la justicia social; la gestión del medio ambiente, recursos naturales, ciencia y tecnología; la ocupación del territorio e infraestructura física; reformas institucionales y gobernabilidad democrática; y cultura, identidad y valores (Agenda Perú, 2014).

CAPÍTULO 5

EL DERECHO PÚBLICO DE LA ECONOMÍA Y LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

1. EL DERECHO PÚBLICO DE LA ECONOMÍA: OBJETO Y CONTENIDO

Como sabemos, la Constitución es la norma fundamental del ordenamiento jurídico que, inspirada en valores supremos, trata de la organización jurídica del Estado y de aquellas reglas esenciales para la marcha de la sociedad y la protección de los derechos fundamentales. La Constitución goza de una posición de supremacía normativa, tanto en el plano material como formal. Este último aspecto significa que no puede ser derogada sino por una asamblea constituyente o por un procedimiento *ad hoc* pre-determinado que dará lugar a una nueva Constitución; y en el plano material, que sus mandatos y previsiones deben ser cumplidos por todos sus destinatarios, y los incumplimientos serán resueltos por los tribunales de justicia ordinaria o constitucional.

Dado el alcance y trascendencia que tiene la economía en la vida social, es de gran importancia 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.

Es justamente de ese carácter de norma fundamental que se derivan consecuencias jurídicas importantes. Entre ellas, los derechos y obligaciones de los ciudadanos y las empresas en la vida económica, pero también los límites de intervención del Estado⁵⁶.

⁵⁶ Por esta circunstancia es que se suelen mostrar como ejemplos de modelos económicos incorporados en las constituciones, el de economía de mercado, el de planificación central y el de economía mixta. En este último no se sustituyen las reglas esenciales de la economía de mercado, aunque se admite que pueden existir actividades empresariales públicas dentro de un marco de competencia constitucionalizado. Además, es obligación del Estado satisfacer estándares de vida aceptables para todos los ciudadanos.

El derecho público de la economía tiene por misión estudiar el ordenamiento jurídico vinculado a la economía y la intervención en ella de los poderes públicos. Por cierto, ese ordenamiento jurídico también se estudia desde el derecho privado, como el caso del derecho mercantil, pero lo determinante para calificarlo es la presencia de los poderes públicos. En este sentido tienen especial relevancia el derecho constitucional y el derecho administrativo económico, porque son los que establecen el marco del sistema económico y a la vez garantizan su funcionamiento, regulando las técnicas y los límites de esa intervención de los poderes públicos. Así, pues, 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— sino en las intervenciones y ordenamientos del poder público⁵⁷. En la determinación del ámbito y significado del derecho público de la economía, desde una perspectiva sustantiva, confluyen las normas e instrumentos jurídicos a través de los cuales el Estado orienta, dirige o actúa en la actividad económica, fundamentalmente dentro de los parámetros establecidos por la llamada Constitución económica (Ariño Ortiz, 2004, p. 65). Se debe tener en cuenta que en el derecho público de la economía se desarrolla en la actualidad un diálogo enriquecedor entre el derecho y la economía, a tal punto que se asume una estrecha relación entre sistema económico y sistema jurídico.

El derecho público de la economía «no está ligado al intervencionismo económico, ni siquiera es tan solo el derecho que regula las medidas de la política económica. Es el derecho que regula la ordenación e intervención de los poderes públicos en la economía, que se produce en todos los Estados, con independencia de la política liberal o intervencionista que adopten. Según sea esa política se emplearán unas técnicas u otras, habrá un sector público económico más o menos extenso, pero nunca dejará de haber un derecho público económico, que deberá regular también el modelo económico, garantizar los principios esenciales de su funcionamiento y también la subordinación de la riqueza a los intereses generales y la protección de los consumidores. El derecho público económico estará así conformado fundamentalmente por instituciones de derecho administrativo, que son los derechos de los poderes públicos por antonomasia; pero también los derechos en los que se recogen las más amplias garantías de los derechos de los ciudadanos» (Coscolluela & López, 2011, p. 29).

⁵⁷ Ariño Ortiz (2004), sostiene: «Es este nuevo derecho de la intervención económica que surge con el cambio de sentido de la acción del Estado, tras la crisis del modelo liberal, al que se llamará derecho económico o derecho de la economía, que se sitúa un poco a caballo entre el derecho mercantil (derecho de los negocios, *corporate law*) y el derecho administrativo (derecho público, constitucional y administrativo, que justifica y legitima, con limitaciones, la intervención del Estado sobre la economía). Ahora bien [...], este derecho económico no es siempre el derecho de la “intervención”, sino el derecho de la ordenación económica, intervencionista o liberalizadora» (pp. 64-65).

Esta visión renovadora en el derecho público de la economía lo sitúa a la vanguardia de la evolución dogmática del derecho público moderno.

El papel que cumple el derecho público de la economía se complejiza actualmente con el proceso de globalización en marcha, porque algunas de las políticas clásicas que servían para afirmar y garantizar su aplicación se han relativizado ante el ingreso en el mercado de un conjunto de actores y de instituciones que anteriormente no se habían manifestado con la misma intensidad de poder, ya que los Estados nacionales han perdido o limitado su soberanía y poder de coacción. Los nuevos centros de poder ya no son monolíticos, y a ello se suma la importancia creciente del respeto a los llamados derechos fundamentales o derechos humanos y a la existencia de otros complejos temas contemporáneos, como los vinculados a la protección del medio ambiente. Por tanto, la intervención de los poderes públicos se ve limitada en materia económica por esa nueva realidad globalizada y el desarrollo de nuevas tecnologías. Sin embargo, a pesar de ese proceso en marcha, es necesario comprender que el ordenamiento de la actividad económica no podrá ser, como fue hace ya varias décadas y como lo pregonan los extremistas liberales hoy en día, realizado exclusivamente desde la perspectiva del derecho privado.

Ahora bien, no puede entenderse el funcionamiento económico sin el mercado, pero este a su vez no puede entenderse sin la existencia de una regulación jurídica y sin un poder que garantice y respete esa regulación. «Desde el punto de vista jurídico, el mercado no es más que un marco en el que los agentes económicos pueden realizar operaciones comerciales de diversa naturaleza, conforme a unas reglas jurídicas establecidas y garantizadas por una organización política. Solo el mercado organizado es verdadero mercado» (p. 26). Si el mercado no estuviera regulado por reglas cuyo cumplimiento garantizan los poderes públicos, pues entonces no subsistiría, pues se produciría un desorden incontrolable que lo haría desaparecer desde el punto de vista institucional.

Es preciso advertir que en la práctica lo que existe es una pluralidad de mercados con sus especiales reglas de funcionamiento, tales como el mercado bursátil o el de transporte, sin perjuicio, claro está, de la existencia de principios generales recogidos en la Constitución o en leyes de desarrollo constitucional que son de obligatorio cumplimiento por todos los mercados.

Así, pues, el mercado no es un valor en sí mismo, sino un marco para las actuaciones económicas en el que se afirman valores definidos y garantizados por reglas jurídicas previas, sean constitucionales o legislativas, y su defensa está en las actuaciones o intervenciones del poder público en el mercado. La llamada economía de mercado, por tanto, sí incorpora valores vinculados a las libertades de actuación y de ejercicio por particulares y por las empresas, el reconocimiento al derecho de propiedad y por el régimen político del estado de derecho, presupuesto necesario de la existencia de la economía de mercado (p. 27).

Para algunos, la idea de intervención del Estado corresponde solo a la regulación económica, que hace su aparición ante la inexistencia, fracasos o falencias del mercado y afecta a las condiciones económicas en las cuales las actividades empresariales se desarrollan. Así, del Guayo la define como la parte de la intervención pública de la economía que tiene por finalidad crear condiciones similares a las que son propias de la competencia, es decir, sustitutiva de la competencia en los monopolios naturales (Guayo, 2006, p. 237).

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. Por su parte, 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, esto es, tanto aquellas que persiguen una finalidad económica como las que procuran otros fines y, de modo marcado, fines distributivos. En esta concepción, que es la que seguimos, el fundamento constitucional de la ordenación económica son los derechos fundamentales, la libertad de empresa y los principios generales del régimen económico, que veremos más adelante (pp. 242-243).

Asimismo, debemos precisar los alcances del concepto de intervención, que ha sido distorsionado por diversas razones al punto de que se sostiene dogmáticamente que toda intervención del Estado en la economía es populismo o constituye un dirigismo pernicioso. Esta distorsión ideológica no corresponde a la realidad histórica, dado que en todos los países el Estado ha intervenido en las relaciones económicas, si bien es cierto que con diversa intensidad, 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 seguridad⁵⁸. Como señala con precisión Sartori: «Que quede claro: el Estado y los gobiernos han intervenido siempre en las cuestiones económicas. El mismo *laissez faire* fue el resultado de intervenciones contra impedimentos a los cambios, la industrialización ha sido sostenida, en muchos países, gracias a intervenciones proteccionistas, y los Estados liberadores intervienen en el libre mercado para ‘liberarlo’ de pecados monopolistas y de otros males» (2003, pp. 303-304).

⁵⁸ «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, etc.), todo eso que los economistas denominan “metamercado”. Este marco institucional estatal es un factor esencial para la creación de riqueza. Sin Estado, no hay mercado» (Ariño Ortiz, 2004, p. 59).

Así, del mismo modo en que el liberalismo ha aludido con frecuencia a «la mano invisible del mercado», la realidad es que siempre se ha complementado con «la mano visible del Estado». En términos del propio liberalismo, existe una relación entre economía de mercado y estado de derecho, entre el orden espontáneo y la coerción estatal⁵⁹.

A nuestro juicio, es válida la afirmación de Galgano cuando defiende la intervención del Estado en los procesos económicos. Lo importante es determinar para qué interviene y a quién se pretende favorecer con la intervención. En las últimas décadas, en el capitalismo de las sociedades de Occidente, el sentido último de la intervención ha sido favorecer a la empresa privada, racionalizando el mercado, garantizando la demanda, actuando como póliza de seguros para los casos de dificultades de empresas financieras, entre otras causas (Galgano, 1980, p. 75)⁶⁰.

En el derecho administrativo económico hay una variedad de formas de intervención del Estado en la economía. El llamado orden público económico⁶¹ es el título que legitima esas intervenciones, sea mediante autorizaciones, inspecciones, sanciones e intervenciones a empresas; o con medidas de fomento del desarrollo económico mediante subvenciones y construcción de obras públicas; también mediante la actividad administrativa prestacional o de servicio público; y, finalmente, la intervención directa mediante empresas públicas⁶².

⁵⁹ «En síntesis, el orden espontáneo restringía severamente el radio de acción de la razón a favor de una realidad que actuaba por su cuenta y que justamente producía resultados en la medida que no existiera dicha interferencia. Empero, para que esto se mantuviese era imprescindible alearlo con otro tipo de herramienta, este instrumento sería el Estado de derecho y que tenía por función mantener el flujo del mercado sin que sufriese algún tipo de menoscabo» (Hernando, 1997, p. 45).

⁶⁰ La crisis financiera global de setiembre de 2008 en los Estados Unidos, con la quiebra de Lehman Brothers y el colosal rescate de American International Group (AIG) a través de un préstamo de 85 mil millones de dólares, nos demuestra que al final el Estado y los contribuyentes «socializan» las pérdidas. Como señaló en esos días *The Economist*: «Instituciones financieras tienden ser monumentos de acero y granito. Sin embargo, en el reciente y creciente remolino las más grandes se han quebrado como astillas. En diez cortos días hemos visto la nacionalización, quiebra o rescate de lo que alguna vez fue la compañía aseguradora más grande del mundo, con activos de mil millones de dólares; dos de los más grandes bancos de inversión, con activos entre ambos de 1500 millones, y los dos gigantes del mercado americano de hipotecas, con activos por 1800 millones. El gobierno de la nación que lidera el capitalismo mundial ha sido arrastrado a la profunda vorágine de su industria más capitalista. Y se le ve totalmente abrumado».

⁶¹ Rivero Ortega (2001) señala que es un concepto introducido en la ley 110/63, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. Afirma el mencionado autor que: «Se trata por tanto, como ha puesto de relieve la doctrina civilista, de una limitación intrínseca a la autonomía de la voluntad pero es una limitación que debe derivarse de lo establecido en las leyes, no extraerse de una idea preconcebida de lo que en cada momento se entienda por el buen funcionamiento del sistema económico» (p. 144).

⁶² Para Font Galán (1987), el «interés general y orden público económico se configuran como principios justificadores de la intervención económica del Estado y como directrices de su política económica intervencionista. Son estos mismos principios los que justifican la implantación de límites en la competencia; y es que, en realidad, los problemas relativos a la competencia económica afectan a intereses de «clases» o grupos sociales que el Estado intervencionista y social no puede, en modo alguno, desatender» (p. 109).

En opinión de Díez-Picazo y Gullón (1994, p. 178), el orden público no viene a ser más que la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento. Básicamente han de tenerse en cuenta como integrantes del orden público a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Por su parte, Cárdenas afirma: «dentro de la literatura jurídica sobre el orden público ha adquirido relieve destacado [...] el tema del orden público económico, consecuencia de la intervención del Estado en la vida económica, que no se abandona ya al puro juego de los intervinientes en el mercado».

Más adelante concluye que:

Es evidente que la intervención del Estado a la que nos estamos refiriendo se producirá a través de normas jurídicas imperativas. Pero al lado de ellas, o fuera de ellas, existen unos principios en que se asienta el orden social en su faceta económica. Así, por ejemplo, un Estado que acepte lo que se ha denominado 'economía social de mercado' dirige la vida económica partiendo del postulado de la eficacia de la iniciativa privada y oponiéndose a la creación de trabas artificiales para su juego en el mercado (p.ej., concierto entre varios industriales para eliminar la competencia entre ellos, bien fijando un precio de venta para su producto, bien estableciendo condiciones que han de observar en sus relaciones con terceros), tiene unos principios básicos del orden económico, aunque no se hayan traducido en normas imperativas, que deben limitar la autonomía privada en el sentido de que no pueden desenvolverse en contra de los mismos (Cárdenas, 2000, pp. 257-272).

A ello se suma una frondosa legislación que se conecta, por un lado, con los derechos fundamentales de los ciudadanos y, por el otro, marca las fronteras dentro de las cuales los ciudadanos y las empresas ejercen sus derechos en procura de la satisfacción de sus necesidades y garantizando que el mercado sea un eficiente asignador de los recursos.

En los tiempos actuales adquiere vigencia el pensamiento del economista Galbraith (1997), quien señaló cuatro factores que obligan a la intervención de los poderes públicos: (i) la protección del medio ambiente; (ii) la protección de los trabajadores más vulnerables afectados por el aparato productivo; (iii) la producción y venta de bienes y servicios deficientes o materialmente perjudiciales; y (iv) las tendencias, al interior del sistema económico, que son autodestructivas para su eficaz funcionamiento (p. 98).

2. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

2.1. Los orígenes

El constitucionalismo económico tiene como sustento político al Estado social de derecho⁶³. En efecto, es en el siglo XX, con el paso del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho, que comienza propiamente el derecho constitucional económico. En las primeras décadas del siglo XX se da inicio a una más amplia intervención económica del Estado, sea en la determinación de las condiciones de seguridad y de salud en los centros de trabajo, en la protección del medio ambiente y el uso del suelo, etc., hasta llegar a la regulación administrativa de actividades cuya prestación es esencial para atender las necesidades vitales de la comunidad mediante la concesión de servicios públicos. Así, pues, es preciso recordar que en su origen histórico el concepto de «constitución económica» (*Wirtschaftsverfassung*) y del llamado derecho constitucional económico estuvieron directamente conectados por el fenómeno de la socialización, cuyo instrumento principal es la intervención del Estado en la economía (Lojendio, 1977, p. 85).

Cabe subrayar que, en ese proceso histórico, el primer hito es trazado por una constitución latinoamericana, la Constitución mexicana de 1917, la primera Constitución social, que 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 (Fix Zamudio, 1985).

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Las expropiaciones a los particulares solo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación.

Texto original del artículo 27 de la Constitución mexicana de 1917

⁶³ Dice Correa-Henao: «El Estado social de derecho es el principio dogmático, axiológico y finalístico que ordena el sistema constitucional in toto, pero es a la vez el principio que en la Constitución económica inyecta a la comunidad libre, de unos contenidos que esta misma no posee o no asegura de por sí y que son esenciales para la realización de ese concepto constitucional de Estado» (1998, p. 97).

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, la racionalización y planificación de la producción, el reconocimiento de la función social de la propiedad, el derecho a la vivienda y a la constitucionalización de los sindicatos y organizaciones patronales (Bassols, 1988, p. 30). 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».

Pero contra lo que se podría creer, en sus orígenes, el uso del concepto de constitución económica no tuvo conexión directa con el mundo del derecho (Martín-Retortillo Baquer, 1991, p. 286), sino se refería más bien al fundamento, la ordenación o la base misma del sistema económico, a los principios y reglas fundamentales por los que se rige. Se atribuye a Beckerath la introducción en Alemania, en 1932, uno de los primeros antecedentes en la utilización del término «constitución económica», que definía como la ordenación de la propiedad, del contrato y del trabajo, de la forma y extensión de la intervención del Estado, así como la organización y técnica de la producción y la distribución (Lojendio, 1977, p. 82)⁶⁴.

Después la utilizaron los ordoliberales de la escuela de Friburgo, convirtiéndola en una idea fuerza de su pensamiento. «Para los ordoliberales, la economía era un conjunto orgánico en el que las partes individuales no solo eran correlativas unas a las otras, sino que interactuaban con el sistema jurídico. En consecuencia, para ellos sistema económico y sistema jurídico estaban integrados» (Cassese, 2006, p. 56). Para esa corriente, la disciplina de la competencia económica era considerada indispensable en el orden jurídico de un estado de derecho.

Opina Cassese que la escuela de Friburgo es importante porque consolidó la noción de constitución económica y estableció el nexo entre derecho y economía que en ella estaba implícito (p. 57). Esta posición tuvo posteriormente gran influencia en varios países y en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 1957.

⁶⁴ Carl Schmitt, en su obra *La defensa de la Constitución*, publicada en 1931 ya hizo una referencia a esta idea. En ese sentido, el concepto se ha ido extendiendo para definir, según Alex Jacquemin y Guy Scharns (1974) a «las concepciones fundamentales del Estado respecto a la propiedad privada, la libertad contractual, la libertad de comercio e industria, la naturaleza y grado de iniciativa individual de los participantes en el mercado y la protección jurídica de esta iniciativa» (pp. 64-65).

Hay que señalar que esa escuela introdujo también la prohibición de abuso de posición dominante, que se diferencia de la tradición *antitrust* de los Estados Unidos porque esta ha apuntado más bien a combatir las concentraciones.

De lo que no cabe duda es que en la década de 1930 se discutió por primera vez, en Alemania, en torno a la conveniencia de la constitucionalización del orden económico y el rol del Estado en la economía, lo que se volvería a plantear en los años cincuenta. Ello se hizo en un contexto especial de un país industrializado preocupado por los problemas planteados por la división del trabajo y su interdependencia con ese ordenamiento.

Desde entonces siempre está presente el tema de apreciar de qué manera la conquista y mantenimiento de los ideales políticos perseguidos y anhelados dependen del ordenamiento económico; en otras palabras, de qué manera la libertad de los agentes económicos implica organizar su participación y la de sus integrantes, esto es, que las personas que intervienen en los procesos de decisión y de cooperación pueden hacer posible que los acuerdos que se adopten se encuentren dentro de los objetivos políticos planteados, y refleja la necesidad de buscar la cooperación entre los individuos y sus agrupaciones para lograr el éxito o el fracaso en la vida económica y social.

Lo cierto es que la Constitución económica, en lo que constituye la herencia del Estado liberal de derecho, se concreta en los derechos y libertades constitucionales de contenido económico, como la garantía de la propiedad y de la libre iniciativa, y en los elementos propios de una economía de mercado. La otra idea fuerza está contenida por la evolución del Estado constitucional a lo largo del siglo XX, que se concreta en los valores de igualdad y solidaridad como una nueva y enriquecida comprensión de la libertad, incorporados al orden constitucional a través de la fórmula del Estado social de derecho. Como es de prever, estas ideas fuerza, que se relacionan entre sí, también entran periódicamente en conflicto prevaleciendo una sobre la otra, pues ambas tienen el mismo rango (Arroyo Jiménez, 2004, p. 25).

2.2. Definiciones

Existen varias definiciones de constitución económica. Entre ellas se encuentra la de García Pelayo, quien afirma que la Constitución económica «son las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico». Por su parte, Ariño indica que «la Constitución económica es el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución» (cit. en Flores Nano, 2015, pp. 91-92). Por su parte, Arroyo Jiménez (2004) la define como «el conjunto de normas de rango constitucional

que se proyectan sobre el sistema y las relaciones económicas, o, de modo más preciso, que establecen los principios ordenadores de la actividad económica que llevan a cabo los poderes públicos y los ciudadanos», tal como ha sido señalado por Martín-Retortillo» (p. 21).

Dalla Via (1999) la define como el conjunto de disposiciones de rango constitucional de ordenación de la vida económica (p. 49). Sebastián Martín Retortillo anota que jurídicamente la Constitución económica aparece como «subsistema del propio sistema constitucional [...] que establece y consagra las normas fundamentales a las que debe acomodarse la ordenación de la actividad económica, actividad que llevan a cabo tanto los poderes públicos como los particulares» (Correa-Henao, 2008, p. 84).

Por su parte, Albertí (2004) sostiene que lo determinante en el derecho constitucional económico no es un modelo económico, sino las normas jurídicas de desarrollo constitucional que desde la Constitución se proyectan sobre las relaciones económicas: «Propiamente, no hay una constitución económica, sino un derecho constitucional económico» (p. 128).

Hay que recordar que la economía no constituye un fin en sí misma, sino que bien empleada debe servir como un medio que facilite el desarrollo de la sociedad, esto es, contribuir a lograr el bienestar de los ciudadanos y a realizar los objetivos políticos de libertad, justicia y eficacia en los que descansa una sociedad pluralista. Es por tal razón que el orden constitucional que se dé a la economía no es un tema secundario sino, en buena medida, determinante del desarrollo de la sociedad y de sus ciudadanos. Justamente la forma y el contenido en torno a la constitucionalización del orden económico es la materia de estudio de la constitución económica (García Echevarría, 1978, p. 9).

Nosotros entendemos por constitución económica el marco jurídico fundamental de valores, principios y derechos respecto a la propiedad privada, la libertad de contrato, la libertad de empresa, la naturaleza y el grado de la intervención pública en el mercado y de la libertad de la iniciativa privada, sus límites y su tutela jurídica.

2.3. Contenido

Según afirma García Echevarría (1978), en torno al contenido de la constitución económica existen varios planteamientos, más aún cuando varios autores le han dado diversas acepciones y contenidos debido a la interdependencia entre lo económico y lo jurídico. Afirma que puede señalarse la existencia de dos grandes áreas: la primera que afecta a la determinación de las decisiones fundamentales que afectan la vida económica y social, esto es, las libertades básicas de elección y de actividad, las garantías de propiedad y el régimen de competencia, lo que se ha venido en denominar «orden económico». La segunda área afecta lo que puede definirse como

«administración de la economía», que recoge las instituciones y normas jurídicas que regulan legalmente las consecuencias del orden económico. «La primera de las áreas define un marco de ordenación de la vida económica como sistema político-económico; la segunda traduce y da flexibilidad para ajustar a la realidad legal la norma constitucional. De esta manera se puede conseguir la exigencia constitucional de facilitar la norma con carácter más permanente y la exigencia de la realidad de poder ajustar y adaptar la dinámica socioeconómica regulando los procesos reales del marco constitucional» (p. 16).

Como bien señala García Echevarría (p. 12), para la determinación del contenido económico constitucional, es preciso recordar algunos aspectos básicos de las relaciones entre la sociedad y la economía, debiendo destacarse los siguientes aspectos: en primer término, señalar que la descentralización del poder político en un sistema político pluralista impone una descentralización del poder económico con objetivos propios. En segundo lugar, que los principios del sistema político se imponen necesariamente al económico y social, pero estos deben ser interpretados de acuerdo a las exigencias del buen funcionamiento económico en una determinada realidad. En tercer término, tener presente que la ordenación de la vida económica debe asegurar las libertades constitucionales individuales y grupales; ello implica la delimitación de la libertad económica de los individuos frente a ellos mismos, frente a las organizaciones sociales y frente al propio Estado para poder cumplir con los objetivos políticos que se han adoptado en la Constitución. Finalmente, recordar que, si bien la Constitución es la pieza clave en la normatividad legal, hay un conjunto de instituciones que de ella se derivan vinculadas a las libertades que deben respetarse, así como combatir la concentración del poder económico, tanto en manos privadas como estatales. En otras palabras, la ordenación en lo económico no es neutral al proceso político.

Flores Nano (2015, p. 96) considera que la mayoría de las normas de contenido económico y social tienen carácter programático, por cuanto son indeterminadas tanto en la descripción como en la acción o prohibición que regulan, y que corresponde al legislador desarrollar las acciones públicas que han de dar contenido con relativa libertad al precepto constitucional. Considera también que la Constitución económica contiene reglas de fin, particularmente las que regulan la hacienda pública, la descentralización y las competencias de los órganos subnacionales.

Desde la perspectiva del derecho administrativo económico se distingue un derecho constitucional económico en sentido restringido y un derecho constitucional económico en sentido amplio. Se entiende que el primero comprende los preceptos de rango constitucional, como por ejemplo la libertad de empresa; y el segundo a las normas de la realidad económica, independientemente de su rango normativo,

como por ejemplo la legislación antimonopólica o la ley sobre la pequeña y mediana empresa (Stober, 1992, citado por Dalla Via, 1999, p. 49).

Para Herrero de Miñón (1999) la constitución económica puede existir en sentido formal como un conjunto de disposiciones constitucionales que rigen expresamente la actividad económica, pero también en sentido material como el fundamento constitucional, aunque sea tácito del derecho de la economía en el más amplio de sus sentidos (pp. 11-12). Sobre esa distinción, Duque ha sostenido refiriéndose a la Constitución española que:

La parte de la nueva constitución española que se ocupe de los aspectos económicos de la vida comunitaria puede ser llamada constitución económica en sentido formal, a condición de que no se entienda cómo la constitucionalización directa de un sistema —de un régimen económico— concreto, ni mucho menos, del programa económico de un Gobierno o de un partido, sino como la parte de la constitución que contiene los derechos que legitiman la actuación de los sujetos económicos, el contenido y límite de estos derechos, la responsabilidad que comporta el ejercicio de la actividad económica, así como las instituciones competentes para establecer la normativa adecuada y las instituciones jurisdiccionales ante las cuales pueden hacerse valer aquellos derechos, reclamar contra su vulneración y hacer efectiva la responsabilidad derivada de un uso obsesivo de ellos (Duque, 1977, p. 52).

Se ha discutido si las normas contenidas en la Constitución económica tienen el significado propio de las normas constitucionales, esto es, «si despliegan algún tipo de efecto limitador o condicionante de la actividad de los poderes públicos relativa a la definición y ejecución de una política económica; en segundo lugar, de responder afirmativamente a lo anterior, surge el problema de cuáles sean esos límites o presupuestos. La primera cuestión es la relativa a la existencia de un modelo económico constitucional; la segunda, por su parte, remite al problema de cuál es su contenido» (Arroyo Jiménez, 2004, p. 21).

La importancia de la constitución económica se manifiesta entonces 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. Una de las típicas manifestaciones de la intervención del Estado en la economía es la regulación del inicio de las actividades económicas privadas; por esta razón el tema de la regulación del acceso al mercado es uno de los puntos de partida para el estudio y aplicación de la llamada Constitución económica. Por tanto, los agentes económicos y la sociedad civil organizada recurrirán a la Norma Suprema y a sus valores y principios para la defensa de sus intereses particulares y colectivos, respectivamente, y el respeto a los derechos económicos, sociales y culturales.

2.4. La unidad constitucional: vinculación entre libertad política y libertad económica

No debe entenderse la función de la constitución económica como una ruptura o quiebre de la unidad constitucional. Cualquier norma jurídica relacionada con aspectos de la economía debe establecerse teniendo en cuenta su relación con la integridad de la Constitución Política, cuya normativa debe tomarse en cuenta para interpretar el contenido de las primeras. Reconocer a la constitución económica como un subsistema específico del propio sistema constitucional necesariamente expresa la relación entre la libertad económica y la libertad política como expresiones de una idea unitaria de libertad. No existe, pues, una subordinación del derecho a la economía, sino una evidente dependencia lógica del derecho como técnica instrumental respecto del grado de complejidad de la realidad económica; por tanto, la economía no se halla abandonada sino que tiene una conexión con la legitimidad democrática del orden político, pues «solo en la medida en que se admite una vinculación sustancial entre libertad política y libertad económica es concebible la función garantizadora de esta última a través de la construcción jurídica del orden económico» (Correa-Henao, 2008, p. 84).

Así, pues, la constitución económica no debe tampoco entenderse como la expresión de un modelo económico específico que opere como cláusula de cierre del orden económico, sino más bien como la expresión de una neutralidad que se activa en favor del principio democrático. «Esta neutralidad está directamente relacionada con el papel que el legislador desempeña en la fijación de los contenidos normativos del sistema económico del Estado, papel que procede del principio de legalidad que caracteriza las intervenciones en los derechos e instituciones de todo orden, también de la constitución económica» (p. 89).

En el estudio e interpretación de la constitución económica, es más correcto referirnos al sistema económico que al modelo económico, pues, a diferencia de este último, evoca el resultado de la interpretación global de las normas económicas constitucionales. En el caso del Perú, el sistema económico constitucionalizado es el de una economía de mercado del Estado social, es decir, el de una economía social de mercado con valores no solo económicos —que deja un amplio margen de acción al poder político para configurar su modelo económico—, 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 (Kresalja, 2004, p. 519).

Si bien es cierto que todo Estado interviene en las relaciones económicas, esa 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 puede dar lugar a graves distorsiones en esta materia. 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 puedan tener un manejo prudente, racional y consecuente con sus particulares planteamientos.

2.5. Sobre la neutralidad de la constitución económica

Dentro de las normas constitucionales fundamentales sobresalen dos categorías, por un lado la que contempla los instrumentos que autorizan la intervención del Estado en la economía, y de otro la que impone límites a dicha intervención a través de postulados constitucionales de derechos de naturaleza económica conferidos a los particulares (Reich, 1985, citado por Correa-Henao, 2008, p. 82).

Sobre esa materia siempre polémica, García Echevarría (1978, p. 15 ss.) presenta lo que considera son las teorías más relevantes sobre la constitución económica. En primer término, la tesis de la «neutralidad político-económica», es decir, que la Constitución debe ser neutral con respecto a la organización de la vida económica, lo que permite la posibilidad de modificar dicho orden y centrar la decisión en lo político y no en lo constitucional, o, lo que es lo mismo, que no hay una garantía constitucional sobre la permanencia de un marco para la actuación económica. Se critica esta teoría, señala, porque olvida que los derechos fundamentales individuales incorporados en la Constitución no son neutrales ni pueden tratarse aisladamente de la concepción política-económica, ya que estos derechos son piezas básicas del orden económico. Así, por ejemplo, las garantías a la propiedad privada, la libertad profesional, la libertad de asociación y otros derechos configuran las piezas de un orden económico determinado, limitando otras alternativas⁶⁵.

Una segunda tesis, defendida por la escuela de Friburgo, es que el Estado debe dar un marco de actuación a la economía. Ella señala que «la Constitución económica debe integrar las ideas políticas sobre el orden de sociedad con las exigencias de organización de la economía. No puede afirmarse ni una posición de neutralidad ni una posición de inestabilidad a largo plazo» (García Echevarría, 1978, p. 18). Como se aprecia, el objetivo de esta tesis ha sido la defensa del concepto de economía social de mercado. Un tercer planteamiento parte de la interpretación de que los derechos fundamentales tienen el más alto rango y nivel y que no son únicamente derechos subjetivos, planteándose la interrogante de si dichos principios jurídicos tienen o no

⁶⁵ Lourdes Flores trata del tema del carácter abierto de la Constitución económica en las páginas 98 ss. de su libro *La economía social de mercado* (2015). Ahí señala que la neutralidad económica de la Constitución —un proyecto normativo en gran parte no actuado, para ser construido en el futuro— y su carácter abierto le dan riqueza y vigencia en el tiempo a esas normas y corresponde a los órganos políticos dotarlas de contenido y garantizar su aplicación y vigencia.

validez para la legislación económica. A esos derechos fundamentales se les dota con fuerza configuradora en estrecha correspondencia con los principios políticos básicos de las libertades individuales. Por tanto, un determinado orden económico se mide si corresponde o no a las garantías de las libertades individuales, y el orden económico queda sujeto a esos derechos.

Correa-Henao opina que no existe una absoluta neutralidad constitucional y que se imponen, por tanto, límites al pluralismo, porque cualquiera sea la ideología que acceda al poder hay libertades constitucionales que deben preservarse y mandatos constitucionales que deben cumplirse, por ejemplo, la función social de determinados bienes como la propiedad privada. No se trata de un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos y operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales. Se produce entonces una tensión recíproca entre los principios constitucionales, con particular significación en materia económica, y la democracia, deudora del Estado social de derecho (Correa-Henao, 2008, p. 90).

Si bien diversas aproximaciones doctrinales al contenido del *mínimum* constitucional económico nos llevan a entender sus normas como un conjunto de directivas que limitan la actividad del poder público constituido en términos negativos, el constitucionalismo económico no puede entenderse en nuestros días como una doctrina de gobierno limitado, sino como una doctrina de los deberes de gobierno, tal como ha afirmado M. Fioravanti: «Esta afirmación pone de manifiesto la necesidad de tomar en consideración la eficacia de las normas de la Constitución económica más allá de esa dimensión negativa, esto es, de proceder a la elaboración teórica de aquellos contenidos de las mismas que configuran y condicionan positivamente el ejercicio de la discrecionalidad política de los poderes públicos con competencias en materia económica» (cit. en Arroyo Jiménez, 2004, p. 25).

2.6. Consideraciones finales

Poca duda cabe de que el valor de la constitución económica como marco jurídico es útil para absolver el problema del desenvolvimiento económico de los particulares y del Estado como condición para concretar la eficacia o ineficacia del orden jurídico en general. En efecto,

La Constitución económica establece un marco de principios dentro del cual los poderes públicos, el legislador en particular, en ejercicio de sus competencias, puede configurar el sistema jurídico-económico público y privado, para responder así a la pluralidad de intereses legítimos constitucionalmente admitidos. Neutralidad o rigidez relativas, que tendrán su reflejo en la definición positivista

de la libertad de empresa o libertad económica, como parte de esa noción específica de Constitución (Correa-Henao, 2008, p. 94).

Ahora bien, hay que tener presente que un orden económico cualquiera no es el reflejo únicamente de un ejercicio jurídico, sino que debe situarse en una sociedad en un momento concreto y con unas condiciones reales dentro de las cuales debe realizarse. En efecto, ello es así, porque «el orden económico no puede deducirse vía de una exégesis jurídica partiendo los derechos fundamentales y estableciendo un modelo básico universal de Constitución económica que sirva de referencia para medir el orden económico, su bondad o desacierto, sino que deberá tener en cuenta el marco real. La relación ‘norma-realidad’ constituye un problema abierto, pues un desconocimiento de la evolución socioeconómica real lleva al vacío a la ordenación jurídica». En otras palabras, la mutua interdependencia entre Estado y economía no puede dar lugar a cualquier tipo de Constitución económica, porque la defensa de las libertades políticas exige la defensa de las libertades económicas dentro del proceso general de protección que el Estado brinda frente a las concentraciones y los abusos del poder; solo de esa manera podrá contribuir a su estabilidad y a su dinamismo (García Echevarría, 1978, p. 20).

La organización de la vida económica no es neutral con respecto a la Constitución, ya que debe tener presentes los objetivos de la sociedad que se recogen en derechos fundamentales. En segundo término, no se le puede asignar indiscriminadamente a una determinada forma de orden político cualquier tipo de organización económica. Lo que sí es posible son las diferentes combinaciones de objetivos económicos dentro de los límites impuestos por la Constitución. En tercer lugar, cabe recordar que la normativa debe asegurar las funciones de individuos y grupos sociales en libertad, lo que no impide la existencia de una normativa limitadora y, en su caso, sancionadora de excesos. Finalmente, la vida económica suele exigir un largo horizonte que solo puede asegurarse cuando las opciones políticas afirman un orden económico que garantice los derechos individuales y promueva la innovación y la protección del medio ambiente en un marco cultural que impulse la solidaridad (García Echevarría, 1978, p. 25).

2.7. Características de la constitución económica peruana

Los principios que rigen la constitución económica del Perú tienen que partir, a su vez, de los principios constitucionales considerados en su integridad, pero con especial atención a los de mayor incidencia en el ámbito económico, bajo el supuesto de que lo que se persigue es el crecimiento y desarrollo económico; la estabilidad de las finanzas públicas; la mejora de la competitividad y el fomento de la capacidad innovadora, la protección y fomento del empleo y, en general, el logro de un nivel de vida de calidad para toda la población, buscando lograr el pleno empleo y disminuir la informalidad.

Entre los principios que se encuentran establecidos en la Constitución peruana podemos incluir, en primer término, el principio de la unidad de mercado, que supone la libertad de circulación de bienes, capitales y mano de obra en condiciones iguales, salvo contadas excepciones, en todo el territorio de la república.

Otro principio fundamental es la determinación del rol del Estado, que busca estimular la creación de riqueza y garantizar la libertad de trabajo y empresa, brindando oportunidades de superación a los sectores que sufren mayor desigualdad. A ello se suma su papel como orientador del desarrollo del país, lo que puede obligarlo a actuar de variadas formas, en determinadas áreas esenciales como la salud, la educación y la seguridad.

Además de ello, el reconocimiento a la iniciativa privada y el respeto y garantía a una economía social de mercado que reconoce un conjunto de libertades y derechos de los agentes económicos, así como su protección, pero a la vez su subordinación a los intereses generales del país. Otro principio es el de la protección de los consumidores y usuarios, que significa garantizar la confianza y seguridad en la adquisición de productos y en la prestación de servicios, asumiendo los poderes públicos las potestades de supervisión, inspección y sanción a las empresas involucradas.

La protección del medio ambiente y los recursos naturales, así como la conservación de la diversidad biológica, constituyen una columna vertebral de la ordenación económica en la que participan los poderes públicos. También, por cierto, el reconocimiento a nuestro pluralismo económico, la coexistencia de diversas formas jurídicas de empresa, la subsidiaridad de la actividad empresarial pública y la promoción y vigilancia de la competencia, evitando el abuso de las posiciones dominantes. Finalmente, otro principio fundamental es el de brindar seguridad jurídica, es decir, que la normativa aplicable a las actividades económicas tenga la necesaria estabilidad en el tiempo para crear confianza y certidumbre a los agentes económicos.

3. LA INTERPRETACIÓN DE LA FINALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: EL ROL DE LOS JUECES Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La primera sentencia en la cual nuestro Supremo Tribunal se pronunció sobre la definición de la constitución económica fue la del caso Roberto Nesta Brero, STC Exp. 0008-2003-AI/TC. Así, en el fundamento 8:

Como resulta evidente, ningún ámbito de la Carta Fundamental es ajeno a los criterios interpretativos expuestos, menos aún las normas que dan forma y sustancia a lo que se ha convenido en denominar «Constitución económica». Y es que dichas disposiciones suponen el establecimiento de un plexo normativo que tiene como finalidad configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará la actividad

económica de nuestro país, y cuyo propósito es que la actuación del Estado y los ciudadanos sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho.

De ahí que el fundamento para la inserción de temas de carácter económico dentro de una constitución sea el sometimiento al valor de la justicia de las decisiones económicas que incidan en la vida social, en la promoción y tuitividad de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común. En buena cuenta, la finalidad de tal incorporación normativa es enfatizar la idea de que toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia. §4. Sobre los principios constitucionales que informan al modelo económico.

En la precitada sentencia, el Tribunal Constitucional en el fundamento 16, basándose en la doctrina alemana afirma los valores superiores que inspiran al régimen económico constitucional y su carácter «social»:

A modo de conjunción de los principios expuestos, e ingresando de manera más concreta en la determinación solidaria y social en la que se inspira el régimen económico de la Constitución, el artículo 58° de la Carta preceptúa que aquel se ejerce en una economía social de mercado. La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En esta imperan los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. De allí que L. Herhard y Alfred Muller Annack afirmen que se trata de un orden «en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles [...]» (*El orden del futuro. La economía social de mercado*. Universidad de Buenos Aires, 1981). Alude, pues, a la implantación de una mecánica en la que «el proceso de decisión económica está descentralizado y la coordinación de los múltiples poderes individuales se hace a través de las fuerzas automáticas de la oferta y demanda reguladas por los precios» (Jürgen B. Donges. *Sistema económico y Constitución alemana*. En: Constitución y Economía, Madrid: 1977).

Es decir, tanto como se opone a la economía de planificación y dirección central, la economía social de mercado se opone también a la economía del *laissez faire*, en donde el Estado no puede ni debe inmiscuirse en el proceso económico. «La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado constitucional aparece como una tercera vía entre el capitalismo y el socialismo [...]» (Peter Haberle. *Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo*. En: Pensamiento Constitucional. Año IV-4, Lima 1997, pág. 25). Y es que, dado el carácter social del modelo económico establecido en la

constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

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

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 subsidiariedad y la solidaridad social.

En suma, el Estado constitucional debe desarrollar su propia doctrina de *checks and balances* —pesos y contrapesos— en la constitución económica, como garantía de la libertad en una relación de equilibrio entre el mercado, es decir, sus agentes económicos, el Estado y la sociedad civil (Häberle, 1977, p. 19), como afirmó Juan Pablo II en *Centisumus annus*. Los tribunales constitucionales, al ejercer una función interpretativa de la Constitución con carácter último, gozan 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 (Cotarelo García, 1990, p. 162). Corresponderá en el Perú al Tribunal Constitucional un rol determinante en este nuevo equilibrio de poderes en su calidad de supremo intérprete de la Constitución.

En este sentido se puede hablar justamente de lucha contra un sistema económico, entendido como método que asegura el predominio absoluto del capital, la posesión de los medios de producción y la tierra, respecto a la libre subjetividad del trabajo del hombre. En la lucha contra este sistema no se pone, como modelo alternativo, el sistema socialista, que de hecho es un capitalismo de Estado, sino *una sociedad basada en el trabajo libre, en la empresa y en la participación*. Esta sociedad tampoco se opone al mercado, sino que exige que este sea controlado oportunamente por las fuerzas sociales y por el Estado, de manera que se garantice la satisfacción de las exigencias fundamentales de toda la sociedad.

Centisumus annus
Juan Pablo II

4. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECONÓMICO

Tal como acabamos de ver en el punto anterior, el rol que cumplen los jueces, y en especial el Tribunal Constitucional, es de gran importancia para determinar con precisión la extensión y límites de los derechos y facultades contenidos en la constitución económica. Para esa labor, en tiempos recientes se ha desarrollado la disciplina del análisis económico del derecho (AED), que, como veremos, representa una metodología que tiene una intención distinta a la que se ha utilizado para la interpretación de los textos y la decisión de las controversias. Es por ese motivo que la trataremos a continuación.

Quizá el aporte más relevante que desde los Estados Unidos se ha hecho al derecho constitucional económico es el denominado «análisis económico del derecho» (AED). Es un movimiento originado en las escuelas de derecho de las universidades de Chicago y Yale, con la finalidad de aplicar los instrumentos de análisis de la economía al derecho, destacando en la Universidad de Chicago las enseñanzas de Milton Friedman y en la Universidad de Yale los aportes de Guido Calabresi (Dalla Via, 1999, pp. 77-78). Este último aplicó el AED a la responsabilidad civil extracontractual y en la distribución de los riesgos en materia de daños en su libro *El costo de los accidentes* (1970).

En esta dirección, Richard Posner resume las tesis de los autores estadounidenses y le da un impulso a la nueva disciplina en su obra *Economic Analysis of Law* (1973), que contiene un estudio sistemático de la mayoría de los sectores del sistema jurídico americano, incluyendo las ramas tradicionales del *common law* (propiedad, contratos, responsabilidad civil y penal), hasta los más diversos temas como la legislación tributaria y *antitrust*, el proceso judicial y hasta la propia Constitución (Posner, 1998, p. 78). Así, las tesis expuestas por Posner pueden resumirse en la idea fuerza «La lógica económica de muchas instituciones jurídicas es el fomento de la eficiencia económica» (Ariño Ortiz, 2004, p. 71).

Tal como afirma Torres López (1987), el AED representa «un salto cualitativo esencial en la comprensión de las siempre reconocidas interrelaciones de todo tipo existentes entre el derecho y la economía. Tanto en el mundo de la norma y el análisis económico, como entre la reflexión jurídica y la realidad económica. La teoría económica se muestra en condiciones de aportar criterios analíticos sólidos que contribuyan a dar respuesta a los problemas jurídicos que se manifiestan con un contenido económico: bien porque afectan directamente a la asignación, bien porque son resultado de acciones que comportan costos y beneficios, bien porque su resolución condiciona en cualquier medida el sistema social establecido para la satisfacción de las necesidades» (p. 97).

Por su parte, Bullard (2003) afirma que el AED es una metodología de análisis que persigue aplicar los métodos de la ciencia económica al derecho. Lo que busca es establecer los costos y beneficios de determinadas conductas, y como el derecho está plagado de conductas —en sí mismo es una técnica de regular conductas—, el AED puede ser aplicado para determinar los costos y beneficios de estas conductas. Dice Bullard:

En realidad lo que se consigue a través del AED es predecir conductas de seres humanos. Se parte del principio que los seres humanos actúan en base a incentivos, y que en consecuencia buscan lo que les favorece y evitan lo que les perjudica. En otras palabras, tratan de maximizar beneficios y minimizar costos. En base a ello es posible encontrar fórmulas que permiten predecir cómo los individuos actuarán ante ciertos incentivos. Dado que el Derecho es un sistema de regulación de conductas, su relación con la economía aparece como evidente (2003, p. 41).

Cabe señalar que la función del derecho bajo este enfoque consiste en reducir los costos de transacción⁶⁶ y propiciar una atribución de derechos que produzcan decisiones eficientes en términos de rendimiento económico. Para definir qué se entiende por eficiencia, muchos economistas recurren al óptimo paretiano, conforme al cual la asignación de los recursos es eficiente cuando es imposible mejorar la situación de alguien sin, simultáneamente, empeorar la del otro, y el criterio de Kaldor-Hicks, para quienes una política es eficiente cuando produce suficientes beneficios como para que los que ganan estén en condiciones de compensar a los que pierden y, todavía resultar beneficiados (aun cuando para que haya eficiencia, no es necesario que los ganadores compensen efectivamente a los perdedores) (Guayo, 2006, p. 233).

⁶⁶ «El punto central en la teoría coasiana es un concepto conocido como «costos de transacción». Este concepto, a pesar de su simpleza, es el corazón de la teoría de Coase. La idea es muy sencilla: celebrar un contrato cuesta. Si yo quiero comprar una casa debo identificar la casa que quiero comprar y quien es su propietario. Ello implica invertir una serie de recursos (tiempo y dinero) en buscar casas, compararlas, informarme de sus precios y elegir la que finalmente me gusta. Pero luego tengo que negociar con el probable vendedor que también deberá invertir recursos en ubicarla y en averiguar quién soy. Esta negociación puede consumir también una cantidad importante de recursos. Mientras nos ponemos de acuerdo puedo perder oportunidades de celebrar otros contratos, perder mi tiempo en discusiones interminables, invertir recursos en negociar y en tratar de convencer a la otra parte con mi propuesta. Luego tenemos que contratar un abogado que también invertirá tiempo y dinero en redactar un contrato y en hacer el estudio de títulos correspondientes para asegurar mi adquisición. Si mi deseo por una casa nueva y el del vendedor de recibir dinero lo justifican, estaremos dispuestos a incurrir en toda serie de costos, que pueden llegar a ser importantes, para perfeccionar la transferencia de la propiedad de la casa y el pago del precio. Estos costos son lo que Coase llamó costos de transacción» (Bullard, 2003, p. 98).

Compartimos la idea de que desperdiciar recursos en una sociedad donde son escasos es injusto (Calabresi, citado por Bullard, 2003, p. 39), aunque la consideramos insuficiente. Por cierto, Calabresi no se limita a esa afirmación obvia; por el contrario, pone de manifiesto la necesidad de complementar el análisis eficientista del derecho con una perspectiva que introduzca consideraciones de justicia distributiva. En primer lugar, porque la perspectiva eficientista elude el problema del *statu quo*, esto es, asume sin cuestionamientos la distribución de la riqueza existente como premisa. En segundo lugar, porque la eficiencia no es el único valor social, y por ello debe ceder cuando otros valores se consideren prioritarios o, lo que es lo mismo, que la eficiencia es un componente de la idea de la justicia, pero no es el único ni el más importante (Dalla Via, 1999, p. 81).

Lo que persigue el AED, dice Bullard, es evitar que los sistemas jurídicos, a la hora de legislar, generen desperdicios. Lo que se busca es que el derecho sea eficiente, que evite el uso inadecuado de los recursos, aprovechando los escasos recursos existentes. El AED puede aplicarse a cualquier realidad si se eligen las herramientas correctas. Es cierto que no se puede separar totalmente el análisis de justicia de una deficiencia, porque no se puede llegar a la justicia a cualquier precio. El AED analiza la norma, pero no en abstracto sino basándose en sus consecuencias sociales (Bullard, 2003, p. 43).

Uno de los máximos exponentes del AED en la Universidad de Chicago es el jurista Ronald Coase, Premio Nobel de Economía 1991, que destaca por su teoría de los costos de transacción. Autor de *The problem of the social cost*, antecedente del denominado teorema de Coase, desarrollado por George Stigler por el que obtuvo el Premio Nobel en 1981 (Bullard, 2003, pp. 97-115). Esta tesis da lugar a un nuevo planteamiento jurídico y económico sobre las externalidades⁶⁷, y sostiene, en resumen, que en primer lugar, se debe definir bien los derechos de apropiación. Los *appropriation rights* han de entenderse en el sentido de todo título jurídico que le otorga a alguien una posición o un derecho a beneficiarse o a disfrutar de algo; y, en segundo lugar, es necesario facilitar las transacciones entre las partes que se encuentren afectadas por una controversia. Debe prevalecer libertad de pacto con bajos costos de transacción, de manera que cada uno internalice el verdadero costo

⁶⁷ «Una externalidad sería un coste o un beneficio que no asume quien lo causa y que forma parte de su actividad económica, como sería el caso de una planta industrial que emite humos o vierte residuos en una determinada área en detrimento del disfrute y de la renta de los habitantes de la zona, pero que no está obligada a pagar un precio por el daño que ocasiona a terceros. Para Pigou, la existencia de externalidades es síntoma de un fallo del mercado para autorregularse y mantener una situación de equilibrio eficiente tal y como mantenía la teoría clásica tradicional. Por ello se hace necesario la intervención del Estado para corregir esos fallos; para “internalizar” la externalidad» (Dalla Via, 1999, p. 87).

de sus actividades y se vea que actividad es más productiva. Así, se llegará al resultado más justo y beneficioso posible para el conjunto de la sociedad (Ariño Ortiz, 2004, p. 75). Debe anotarse que para el teorema de Coase no existe propiamente una teoría de la justicia, sino una teoría de la eficiencia, que en realidad se limita a la idea de que todo lo eficiente es justo (Guayo, 2006, p. 233)⁶⁸.

En suma, es preciso reconocer los aportes del AED para utilizar un criterio de eficiencia como criterio fundamental para el estudio de una amplia diversidad de problemas jurídicos que no pueden encasillarse en una torre de marfil positivista-kelseniana. Sin embargo, no compartimos aquellas versiones que dan lugar a un economicismo absoluto que subordina el derecho a los resultados del mercado⁶⁹. En primer término, porque este tiene fallas y limitaciones de general aceptación y porque, para nosotros, la economía debe desarrollarse en el marco de la constitución económica considerada integralmente, con especial respeto a los derechos fundamentales.

⁶⁸ Stiglitz (2003), ironizando sobre la aplicación del teorema de Coase a todos los ámbitos de las relaciones económicas para imponer mercados autorregulados, sostiene que «en Rusia, algunos impulsaron la idea de la privatización rápida, sin preocuparse por la forma en que se haría, en la ingenua convicción (a la que me he referido como el teorema político de Coase) de que, una vez que el Estado renunciara al control de los derechos de propiedad privada, prevalecería el imperio de la ley. Ello no sucedió como era de prever» (p. 37).

⁶⁹ Así, Dalla Via (1999) sostiene que esta tesis economicista «es fruto de una reducción. Reducción expresada en la mutación antropológica que convierte las relaciones del hombre con las cosas en criterio de identificación del individuo. Reducción de las relaciones sociales a meras relaciones de intercambio en el espacio autorregulado del mercado, confundiendo lo económico en general con una realización histórica determinada, el mercado como prototipo universal del sistema económico. Reducción de la acción racional a la elección de medios para la consecución de fines, olvidando lo esencial, es decir, el saber por qué los fines y los medios específicos se encuentran en una sociedad y no en otra» (p. 87).

CAPÍTULO 6

LA ORDENACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO EN LAS CONSTITUCIONES DE EUROPA OCCIDENTAL, ESTADOS UNIDOS Y AMÉRICA LATINA

1. LAS CONSTITUCIONES ECONÓMICAS EUROPEAS DESPUÉS DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Las nuevas fuerzas políticas que afrontaron la reconstrucción y modernización de Europa Occidental al término de la Segunda Guerra Mundial coincidieron en el mantenimiento de las instituciones clásicas democráticas en lo referente al estatuto de las libertades políticas, si bien rechazaron la vuelta a los postulados del liberalismo clásico en el orden económico y social. Esta nueva forma de Estado y de integración social recibirá distintas denominaciones: para la sociología, Estado de bienestar; en el ámbito jurídico constitucional, Estado social y democrático de derecho; en la técnica económica, Estado de economía mixta; en el de las relaciones laborales, la democracia económica y social (Bassols, 1988, pp. 40-41).

Los cambios posteriores en las políticas económicas y sociales, iniciados en las décadas de 1980 y 1990 en el marco del neoliberalismo y del proceso de globalización y que en gran medida han representado el desmontaje de las políticas iniciadas después de la Segunda Guerra Mundial, no han significado sin embargo cambios significativos en los textos constitucionales europeos.

Teniendo presente lo anterior, a continuación vamos a revisar los sistemas constitucionales económicos más relevantes de Europa Occidental, a fin de compararlos con nuestro régimen constitucional.

1.1. Constitución italiana de 1947

En la República de Italia debemos referirnos a la Carta Fundamental de 1947, resultado de un compromiso entre fuerzas políticas democráticas y progresistas muy diversas, después de la derrota del fascismo. El artículo 1 declara que Italia

es una república democrática basada en el trabajo. En su artículo 2 se afirma el principio de solidaridad política, económica y social como deber de los ciudadanos. En la misma dirección, debe destacarse al artículo 3, que en su segundo párrafo proclama el principio de igualdad sustantiva en los siguientes términos: «Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social, que limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política y social del país».

Como afirma Predieri, se trata de una norma que tiene una estructura singular que da testimonio de una democracia de frontera, móvil, nunca realizada del todo y definida como «meta que se mueve» (Predieri, 1977, p. 24).

A nuestro juicio, es una norma que materializa el carácter «social» del Estado y del sistema económico; un Estado cuyas instituciones fundamentales deben contribuir a la primordial tarea de igualar a las personas en sus circunstancias básicas. El precepto es una norma llamada a superar esa flagrante contradicción de la igualdad formal mediante la propia transformación de la estructura constitucional en sentido material (Fernández Segado, 1996, p. 14).

En este marco jurídico, el título III está dedicado a las relaciones económicas. Cabe resaltar que el valor del trabajo es fundamental y que los derechos sociales fundamentales integran el título del régimen económico, «concebidos no como esferas privativas de los ciudadanos sino como prestaciones u obligaciones a asumir progresivamente por el Estado» (Bassols, 1988, p. 41). Así, el artículo 35 declara que la república tutela el trabajo en todas sus formas y aplicaciones, se ocupa de la formación y elevación profesional de los trabajadores, promueve y favorece los acuerdos y las organizaciones internacionales que tienden a afirmar y regular los derechos del trabajo.

El artículo 41 de la Constitución de 1947 declara que la iniciativa privada es libre. Cabe resaltar que no la adscribe a un sistema económico en particular. Preceptúa que no puede desarrollarse si se opone a la utilidad social o cuando cause daños a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana. Asimismo, remite a la ley determinar los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública o privada pueda orientarse y coordinarse con los fines sociales.

El artículo 43 de la Constitución italiana de 1947 previó la potestad del Estado de reserva de determinadas empresas relacionadas con servicios públicos, con fuentes energéticas y con situaciones de monopolio, pero siempre que resulten relevantes para ser calificadas como esenciales para la economía nacional. Así, declaró que «Con fines de utilidad pública, la ley puede reservar originariamente o transferir (mediante expropiación y con indemnización al Estado, a entidades públicas o a comunidades

de trabajadores o de usuarios, determinadas empresas o categorías de empresa que se refieran a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o monopolios y que tengan preeminente interés general».

1.2. Ley Fundamental de Bonn de 1949

La Ley Fundamental de Bonn de 1949, ratificada en 1990 con el proceso de unificación alemán como consecuencia de la caída del muro de Berlín, empieza su título I, de derechos fundamentales, proclamando en su artículo 1 que la dignidad del hombre es intangible y que su respeto y protección es obligación de todo poder público.

Dentro de este título, en el artículo 14 se reconoce como derechos fundamentales la propiedad y la herencia, pilares del sistema económico. Se remite a la ley determinar su naturaleza y límites. Siguiendo a la tradición de la Constitución de Weimar, se declara que la propiedad obliga, y que su uso debe servir asimismo al bienestar general.

Cabe señalar que la Ley Fundamental de Bonn no estableció expresamente un sistema económico determinado (Donges, 1977, p. 132). Sin embargo, habilitó al Estado para la socialización de los medios de producción. Así, se declara que: «Con fines de socialización, el suelo y la tierra, los recursos naturales y los medios de producción, pueden, mediante una ley que regule el monto y medida de la indemnización, ser transferidos a la propiedad común u otras formas de propiedad comunitaria».

El mencionado artículo es una de las claves para interpretar la declaración del artículo 20, en el sentido de que la República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social⁷⁰. Al punto que era viable en términos teóricos sostener que una alternativa abierta en el texto fundamental es interpretar que se ha constitucionalizado una economía de mercado socializada. En ese sentido, se dio un debate constitucional en Alemania acerca de la neutralidad o no del sistema económico constitucional a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1954, que declaró: «La ordenación socioeconómica presente es ciertamente conforme al orden posible de la Ley Fundamental, pero no es la única posible»⁷¹.

⁷⁰ García Pelayo (1985) distingue dos acepciones de Estado social: una que limita la acción del Estado para asegurar un mínimo de supervivencia a todos los ciudadanos, concepción compatible con el neocapitalismo. La otra, siguiendo la tradición del Estado social weimariano está vinculada a la transformación de las relaciones socioeconómicas en la dirección del socialismo democrático (p. 72).

⁷¹ García Echevarría (1978) resume como planteamientos centrales de la *Soziale Marktwirtschaft*—en una versión afín al pensamiento del socialcristianismo alemán— a los siguientes puntos: (i) El mercado como centro de autorregulación y coordinación del conjunto de las decisiones económicas descentralizadas; (ii) El Estado debe garantizar la capacidad de competencia en los mercados como mecanismo de control mediante la regulación de los monopolios y oligopolios; (iii) El Estado solo debe intervenir

Sobre la base de que la Ley Fundamental de Bonn no dedica ningún capítulo explícitamente a la ordenación de la economía, se concluyó en la mencionada sentencia que la Norma Suprema no estableció el «sistema económico» que debía regir a Alemania, habilitando una amplia discrecionalidad al legislador para definirlo.

Sobre el sistema económico constitucional de Alemania, Häberle sostiene que los derechos fundamentales laborales, tales como la protección frente al despido, el derecho a condiciones de trabajo respetuosas de la dignidad humana, la seguridad social, es decir, la política social, transforman la economía de mercado en la economía social de mercado y confieren así al Estado constitucional una parte esencial de su legitimación (1977, p. 26).

1.3. Constitución francesa de 1958

En esa misma dirección de constitucionalismo económico del Estado social de derecho se inscribe la Constitución francesa de 1958, la cual ratificó en su preámbulo su adhesión a los derechos y a los principios liberales de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946. En su artículo 2 declara que Francia es «una República indivisible, laica, democrática y social».

La Declaración francesa de 1789, constituyó el punto de inicio del Estado constitucional, que en gran medida está vigente y aún se proyecta al futuro. Así, en materia económica, la Declaración de 1789 proclamó que: «Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie deberá ser privado de él, excepto en los casos de necesidad pública evidente, legalmente comprobada, y en condiciones de una indemnización previa y justa».

El preámbulo de la Constitución francesa de 1946 tiene un valor normativo indirecto como fuente interpretativa del texto constitucional francés. Cabe subrayar que

en las actuaciones estructurales cuyas funciones o actividades no pueden realizar vía el sector privado por su riesgo indefinido o por su largo período de tiempo; (iv) El Estado debe actuar como agente de una política social que asegure las prestaciones necesarias a los individuos marginados de los beneficios del mercado y como garante de un sistema social basado en la libertad individual. Cabe señalar que el debate acerca de la supuesta neutralidad del sistema económico alemán ya ha sido superado con el Tratado de Unificación. Como señala Horn (2001), «el sistema de la economía social de mercado fue reconocido expresamente por el Tratado sobre la Unión Monetaria, Económica y Social, que entró en vigor el primero de julio de 1990 para preparar la unificación política tres meses después. [...] Las entidades federativas en el territorio de la antigua República Democrática Alemana se han dedicado a los principios sociales de una manera detallada. La Constitución de Turingia consagró el principio de la economía social de mercado, junto con algunos principios sociales de importancia práctica, reanudando así la tradición constitucional de Weimar, ciudad ubicada en dicho Estado» (p. 158). En conclusión, en la actualidad la doctrina predominante ya no sostiene la neutralidad del sistema económico constitucional alemán.

habilita al Estado para la nacionalización de empresas: «Todo bien, o toda empresa, cuya explotación adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe convertirse en propiedad de la colectividad».

Cabe resaltar la importancia del preámbulo de la Constitución francesa de 1946 como fuente de interpretación constitucional en los grandes debates constitucionales. Así, durante el periodo del presidente Francois Mitterrand (1981-1995) se produjo un relevante debate constitucional con motivo de la nacionalización de empresas financieras, respecto a esa parte del preámbulo.

El tema de la nacionalización es interesante para los latinoamericanos en la medida en que ha sido recurrente como parte de los movimientos pendulares que se producen en la política de la región. En 1982, el Consejo Constitucional fundamentó la declaración de constitucionalidad de la ley de nacionalizaciones de numerosas empresas financieras sobre la base del análisis del preámbulo de la Constitución de 1946. Cabe resaltar que el Consejo Constitucional asumió la ausencia de error manifiesto en la decisión legislativa. Así, en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional 1982-10, se determinó que:

Considerando que la apreciación realizada por el legislador sobre la necesidad de las nacionalizaciones decididas por ley sometida al examen del Consejo Constitucional no podría, *salvo error manifiesto*, ser recusado por este dado que no está establecido que las transferencias de bienes y empresas que se realizan restrinjan el campo de la propiedad privada y de la libertad de empresa hasta el punto de violar las disposiciones anteriormente citadas de la Declaración de 1789.

Este criterio no fue obstáculo para el proceso de desnacionalización impulsado por la mayoría parlamentaria de centro derecha en 1986, durante la llamada «cohabitación» entre un socialista democrático como presidente de la República (Mitterrand) y un primer ministro de centro derecha (Chirac), puesto que al no estar expresamente establecido en la Constitución que las empresas financieras deban ser consideradas como de servicio público, el Consejo Constitucional, que ejerce en el sistema constitucional francés un control de constitucionalidad de las leyes *ex ante*, estimó que no había inconstitucionalidad al desnacionalizarlas.

1.4. Constitución portuguesa de 1976

La Constitución portuguesa de 1976 emerge del peculiar proceso de la «Revolución de los claveles» y de la Asamblea Constituyente de ese año, que el 2 de abril proclama la nueva Constitución de neta ideología socialista. En su artículo 2 define al Estado portugués como democrático y en transición al socialismo: «La República portuguesa es un Estado democrático, basado en la soberanía popular, en el respeto y la garantía

de los derechos y libertades fundamentales y en el pluralismo de expresión y de organización política democráticas, y tiene por objetivo asegurar la transición hacia el socialismo mediante la creación de condiciones para el ejercicio democrático del poder por las clases trabajadoras».

El artículo 80 consagra los principios que configuraban el fundamento de la organización económico-social: «desarrollo de las relaciones de producción socialistas [...] apropiación colectiva de los principales medios de producción [...] ejercicio del poder democrático por las clases trabajadoras».

La Constitución portuguesa fue revisada profundamente en 1982, 1989 y en 1992, homologando el sistema constitucional económico portugués con el de sus vecinos de Europa Occidental. La tercera reforma la adapta al Tratado de Maastricht de la Unión Europea, al punto de que el resultado de este proceso de revisión en materia de Constitución económica tiene poco en común con el texto socialista de 1976 (Pérez Alaya, 2007, p. 102).

Entre otras modificaciones, mientras el texto originario de 1976 declaraba que la iniciativa privada era reconocida en el artículo 85 como uno de los principios del régimen económico «en el marco definido por la Constitución, la ley y por el Plan [...] como instrumento de progreso colectivo», aquella va ser sustituida con la expresión de la «empresa privada», así como son suprimidas las referencias al marco jurídico del Plan y a la finalidad de progresivo colectivo. Asimismo, en la primera revisión de 1982 se modifica sustancialmente la regulación de la intervención del Estado en la gestión de la empresa privada, prevista en el texto original de 1976 «para conseguir el interés general y los derechos de los trabajadores» a una intervención transitoria, para finalmente restringirla con la revisión de 1989 a «los casos expresamente previstos por la ley y, en principio, previa decisión judicial».

1.5. Constitución española de 1978

La Constitución española de 1978 se inscribe dentro de un modelo constitucional de Estado social de derecho, que es proclamado explícitamente en el artículo 1 que declara: «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho». En la línea del Estado social, el artículo 9.2, inspirado en el artículo 3 de la Constitución italiana de 1947, declara: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Dentro de los derechos de los ciudadanos se prevé en el artículo 38 el derecho a la libertad de empresa: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía

de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

En esta dirección, el artículo 128, ubicado dentro del título sétimo («Economía y Hacienda»), declara en su apartado 1 que «Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titular está subordinada al interés general».

En su apartado 2, el precitado artículo 128 habilita la iniciativa pública en la actividad económica y contempla la posibilidad de reservar al sector público «recursos» (bienes o riquezas) o «servicios» (o sea determinado tipo de actividades o industrias), especialmente en caso de monopolio. Así, se faculta al Estado a dos tipos de nacionalizaciones: de bienes o empresas y de actividades (Ariño Ortiz, 2004, p. 461).

Si se conecta el concepto de economía de mercado con los principios del Estado social y democrático de derecho, que de acuerdo al artículo 1 de la Constitución se basa en los «valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», podríamos concluir que el sistema económico de la Constitución española de 1978 es el de una economía social de mercado.

Además, dedica un capítulo a los principios rectores de la política social y económica (artículos 39 a 52). Dentro de este capítulo se ubica el artículo 51, que establece que «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos».

1.6. La Constitución de la Confederación Suiza de 1999

La Confederación Suiza adoptó por voto popular de 18 de abril de 1999 una constitución que reemplazó a la Constitución Federal originaria de 1874.

En el título II, dedicado a los derechos fundamentales, ciudadanía y objetivos sociales, destacan en materia de derechos económicos fundamentales los artículos 26 y 27:

Art. 26. Garantía de la propiedad privada:

1. Se garantiza la propiedad privada.
2. Las expropiaciones, o restricciones de la propiedad privadas que equivalgan a una expropiación, deben ser indemnizadas plenamente.

Art. 27. Libertad económica:

1. Se garantiza la libertad económica.
2. Esta comprende especialmente la libre elección de la profesión, el libre acceso a una actividad económica lucrativa y la libertad de su ejercicio.

En el título III, dedicado a la confederación, cantones y municipios, se ubica en la sección 4ª del capítulo 2 un conjunto de disposiciones sobre el medio ambiente y ordenación del territorio (artículos 73 a 80), que son muy destacables en el derecho comparado por la protección al ambiente, el paisaje, la naturaleza, las aguas, los bosques, el patrimonio paisajístico y los animales.

1.7. La constitución económica de la Unión Europea

Para entender la integración de la Unión Europea debemos referirnos previamente a cuatro estadios o fases de estos procesos: (i) la zona de libre comercio; (ii) la unión aduanera común; (iii) el mercado común; y (iv) la unión económica y monetaria. En la zona de libre comercio hay una gran rebaja y supresión de las barreras arancelarias y no arancelarias que obstaculizan la libre circulación de mercancías entre los Estados integrantes de una comunidad. La unión aduanera común supone la fijación de un arancel aduanero externo común, con respecto a terceros Estados, además de la caída de las barreras arancelarias y no arancelarias. De este modo, los productos en libre tránsito, una vez pagados los derechos aduaneros necesarios en cualquier Estado miembro, puede reexportarse libremente a cualquiera de los países integrantes de la Unión, como si fuese mercancía originaria. El mercado común supone la constitución de una estructura nueva, con características y competencias propias y diferentes de los Estados miembros. Garantiza la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. La unión económica y monetaria agrega a los componentes de los otros estadios de la integración: la armonización de políticas fiscal y monetaria por medio de organismos supranacionales responsables de dictar directivas en esas áreas (Lopresti, 1977, pp. 7-8). Es el caso del proceso de integración de la Unión Europea⁷².

Como sostiene Habermas, en la medida en que las naciones europeas parecen considerar que una regulación de la economía mundial equilibraría las consecuencias sociales desastrosas que traen consigo las desigualdades en materia de repartición de riquezas, los Estados miembros de la Unión Europea pueden adquirir una influencia determinante como actores en la escena mundial (2002, p. 959).

⁷² «La Unión Europea, como vimos, tiene su mayor fruto jurídico en la vigencia del derecho comunitario. Esta nueva disciplina jurídica detenta, entre sus premisas básicas, la de 'supremacía': supremacía que se funda en la soberanía transferida por los Estados Parte a la Comunidad. En efecto, el derecho comunitario tiene la pretensión de encabezar el orden jurídico nacional de los Estados Parte al que se incorpora. De estar por encima de todo el Derecho interno —en lo que hace, claro está, a las materias que han sido objeto de transferencia— inclusive la propia Constitución nacional. De esta manera, quizás el símbolo mayor del ejercicio de la soberanía de un Estado —su Constitución— se ve amenazado en su integridad por el fruto jurídico de la integración a que conduce la globalización» (Pizzolo, 1998, p. 152).

«La Unión Europea no tiene aún una constitución Política y Económica en sentido formal. El proceso de ratificación del Tratado Constitucional hasta la fecha se mantiene en un punto muerto. Sin embargo, considerando a la Unión como un proceso permanente se afirma la existencia de una constitución *desde un punto de vista material*, integrada por el conjunto de disposiciones originarias previstas en los tratados comunitarios que actúan como una constitución» (Guayo & Mellado, 2002, p. 40).

De acuerdo a Cassese (2002), el derecho de la Unión Europea es un ordenamiento compuesto, en el sentido de que el sistema de fuentes está conformado sobre varios niveles: la Carta de los Derechos Fundamentales, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁷³, los tratados de reforma sustancial⁷⁴, el llamado derecho comunitario derivado (reglamentos y directivas); los acuerdos y convenios de la Unión con estados y organismos internacionales. Dentro de este marco jurídico supranacional, son principios de la constitución económica de la Unión Europea: las privatizaciones de muchas empresas públicas, la armonización de las legislaciones, la adaptación de las políticas económicas de los Estados miembros a objetivos supranacionales, las finanzas públicas sanas (parámetros que definen el déficit público excesivo), el control comunitario de las políticas sectoriales⁷⁵ y la unidad de la política monetaria con una moneda única, el euro y el Banco Central Europeo, creado el 1 de junio de 1998 por el Tratado de Maastricht y finalmente calificado con la reforma del Tratado de Lisboa de 2007 como Institución de la Unión Europea (Fuentetaja, 2011, p. 275).

«El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o Tratado de Roma, celebrado el 25 de marzo de 1957, es el primer hito de gran relevancia histórica con el surgimiento de la Comunidad Económica Europea (CEE). Actualmente, después de las modificaciones de tratados posteriores, se denomina Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)» (Linde Paniagua, 2011, p. 321). Con el Tratado de la Unión Europea, celebrado en Maastricht en febrero de 1992, que entró en vigor con la ratificación de los doce Estados miembros el 1 de noviembre de 1993, se constituye la Unión Europea (Salvat, 2005, XX, p. 198). Es con Maastricht que se pasa

⁷³ Originariamente Tratado de la Comunidad Económica Europea o Tratado de Roma, modificado por tratados de reforma sustancial.

⁷⁴ Linde Paniagua (2011, p. 315), señala que los tratados de reforma sustancial: son el Acta Única, el Tratado de Maastricht, el Tratado de Amsterdam, el Tratado de Niza y el Tratado de Lisboa.

⁷⁵ Diversas políticas sectoriales como las agrícolas, las de empleo, las comerciales, la protección de los consumidores, las redes transeuropeas, las políticas industriales, las políticas de cohesión económica y social, la cooperación para el desarrollo están sometidas al control comunitario, de acuerdo al Tratado de la Unión.

a un nivel cualitativo superior de integración: la integración política, al introducirse la política exterior común y la política de defensa común. Asimismo, Maastricht significa el punto de no retorno hacia la unión económica y monetaria que culminó con el establecimiento del euro como moneda única de todos los Estados miembros de la Unión Europea, con su entrada en circulación el 1 de enero de 2002, con la excepción del Reino Unido⁷⁶, Dinamarca y Suecia y otros Estados de la ampliación de la Unión que se produjo en 1999.

Se estableció el Banco Central de la Unión Europea, con sede en Fráncfort, que goza de independencia (Fuentetaja, 2011, p. 273) y, en consecuencia, se inicia la declinación de la soberanía de los Estados miembros con relación a su política monetaria.

El Tratado de Maastricht es modificado y complementado con el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 y que entró en vigor una vez depositados todos los instrumentos de ratificación por los Estados miembros el 1 de mayo de 1999. El proceso de integración europea sigue avanzando a través del Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001 y que entró en vigor el 1 de febrero de 2003, tras haber sido ratificado por los Estados miembros, a su vez estableció determinadas reformas a los tratados comunitarios.

El Tratado de Roma declaró como fin alcanzar un mercado común (artículo 2) del que es base la unión aduanera (artículo 9 a 29) y una política de competencia (artículo 3-f) y 85 a 94). Proclama el artículo 3c) la abolición entre los Estados miembros de los obstáculos que se oponen a la libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales, libertades económicas que se les atribuye el carácter de derechos fundamentales. Las cuatro libertades son cuatro vertientes de la libertad de desplazamiento, y son indispensables para establecer un mercado único a nivel supraestatal, en tanto espacio sin fronteras interiores y una efectiva integración económica (Guayo & Mellado, 2002, p. 62).

Los Estados miembros, pese a la ansiada meta de la integración en una unión económica y monetaria, han conservado su soberanía en lo político-económico, sin permitir hasta el momento una intervención global por parte de las autoridades comunitarias⁷⁷. Por ejemplo, el sistema de propiedad queda reservado a la exclusiva

⁷⁶ Reino Unido se retira (el denominado *brexít*) de la Unión Europea a partir del referendo de 23 de junio de 2016.

⁷⁷ Salvo el caso de la depresión en Grecia, que fue el primer país de la eurozona en recibir ayuda por la crisis financiera con tres planes de rescate internacional, en 2010, 2012 y 2015. Durante ese lapso el Gobierno griego ha estado tutelado por la troika de acreedores, formada por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional, y ha ejecutado un radical plan de reestructuración que ha sido rechazado por amplios sectores sociales.

esfera estatal, con lo cual no se prohíben las nacionalizaciones, pues no queda afectada la titularidad pública o privada de la empresa. Así, el Tratado de Roma declaró expresamente que «no afecta en modo alguno el régimen de propiedad de los Estados miembros» (artículo 222). Ariño sostiene que los principios y libertades básicas previstos en el Tratado de Roma suponen una limitación, no pequeña, a la soberanía de los Estados para determinar la reserva al Estado de una gran parte de los servicios públicos existentes (Ariño Ortiz, 1993, p. 141). La iniciativa pública económica queda funcionalmente limitada a través de la normativa sobre libre competencia, monopolios estatales, control de las ayudas o subvenciones estatales, entre otras materias. Sin embargo, no puede ocultarse que la normativa de la Unión Europea conforma un modelo de economía competitiva o de mercado, con lo cual la evolución hacia modelos distintos o socializantes es altamente improbable en las actuales circunstancias (Guayo & Mellado, 2002, p. 54).

La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas y acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad del hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados Miembros.

Artículo 2 del Tratado de Roma. Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea

Así, al interior de la Unión Europea se da un proceso de integración jurídica, un proceso de convergencia o armonización de los ordenamientos jurídicos estatales hacia un derecho uniforme adscrito a un ordenamiento jurídico de carácter supranacional, con vigencia directa en todos sus Estados miembros. El derecho de la Unión Europea es de aplicación directa a los Estados miembros y, por tanto, obliga a sus órganos nacionales y a sus ciudadanos, y tiene primacía sobre el derecho nacional. Las normas emanadas de la Unión son aplicables a los países al igual que si hubieran sido promulgadas por los órganos nacionales competentes; a su vez, ningún acto adoptado por órganos nacionales puede afectar la aplicación directa de las normas e instrumentos jurídicos de la Unión.

Surge un modelo europeo de configuración de las relaciones económicas, plasmado en los tratados constitutivos, en los de reforma sustancial y en el derecho derivado (reglamentos y directivas) que se imponen sobre el derecho interno de los Estados miembros.

Ariño afirma que el modelo económico europeo no plantea directamente exigencias sobre el contenido del derecho de propiedad, pero sí sobre el alcance y reconocimiento práctico de la libertad de empresa, de forma que sea viable la creación de mercados competitivos (Ariño Ortiz, 2004, p. 179). Ello se aprecia en particular con la prohibición sobre los monopolios comerciales que exige el Tratado de Roma, lo que supuso grandes limitaciones a la soberanía estatal. Sobre el modelo económico, Baquero afirma que por el momento no se basa en una economía social de mercado, pues, en el plano comunitario, lo social no tiene un desarrollo comparable con lo relativo al mercado; más bien los elementos sociales derivan de las constituciones estatales, aunque forman junto con las normas comunitarias un cuerpo único (Baquero, 2002, p. 121).

Con las cuatro libertades de circulación de bienes, personas, servicios y capitales, la Unión Europea es un espacio de compromiso con los derechos fundamentales. Asimismo, son derechos fundamentales tutelados por la constitución económica de la Unión Europea: los derechos de propiedad, de libertad de empresa, el derecho al trabajo y el de los consumidores garantizados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron y proclamaron el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza. Debe destacarse que la Carta dedica su Título IV al valor de la solidaridad.

Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del estado de derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

Del Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El derecho a la propiedad está garantizado en el artículo 17 de la Carta, que declara que toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Prevé que nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. Se reconoce como límite al derecho de propiedad la regulación del uso de los bienes por la ley en la medida en que resulte necesario para el interés general.

La libertad de empresa está reconocida en el artículo 16 de la Carta de conformidad con el derecho de la Unión Europea y con las legislaciones y prácticas nacionales.

El derecho al trabajo es protegido en el artículo 15, que prevé el derecho de toda persona a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. La libertad fundamental del trabajo supone la libre circulación de los trabajadores para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro. Asimismo, el precitado artículo declara que los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros gozan del derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.

El artículo 27 de la Carta reconoce un derecho fundamental para la protección del trabajo: el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa. En ese sentido, se garantiza a los trabajadores o a sus representantes en los niveles adecuados la información y consulta con suficiente antelación en los casos y condiciones previstos en el derecho de la Unión Europea y en las legislaciones y prácticas nacionales.

El derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa está conectado y es instrumental para el ejercicio efectivo del derecho de negociación y de acción colectiva garantizado en el artículo 28, que prevé que los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.

La Carta reconoce en su artículo 29 el derecho de toda persona a acceder a un servicio gratuito de colocación. La protección en caso de despido injustificado es garantizada en el artículo 30 de la Carta en los siguientes términos: «Todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales». Esto significa que se deja libertad a los Estados miembros a desarrollar las modalidades de protección contra el despido arbitrario.

En esa misma línea tuitiva del derecho del trabajo se prevé en el artículo 31 que todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad. Asimismo, se prevé que todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima de trabajo y a periodos de descanso diarios y semanales, así como a un periodo de vacaciones anuales retribuidas.

El artículo 34 reconoce el derecho a la seguridad social. Preceptúa que la Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos de maternidad, enfermedad, accidentes laborales, dependencia o vejez, así como en caso de pérdida de empleo,

según las modalidades establecidas en el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.

La Carta, en su artículo 37, declara que las políticas de la Unión integrarán y garantizarán con arreglo al principio de desarrollo sostenible un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.

Debe destacarse finalmente el artículo 36, que prevé el derecho de acceso a los servicios de interés económico general «con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión» Así, se ha dado cabida a la idea de solidaridad bajo la vieja técnica del servicio público (Martín-Retortillo, 2004, p. 194)⁷⁸.

2. EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

El constitucionalismo estadounidense ha tenido como aspecto fundamental el derecho de propiedad. Así, el *Bill of Rights* o Declaración de derechos de Virginia de 1776 declaró:

Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; y tales derechos son el correlato de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer en propiedad, y la búsqueda y la consecución de la felicidad y la seguridad.

A la propiedad se le dio un lugar tan central que cualquier cosa o derecho distinto a la propiedad queda en segundo término (MacPherson, citado en Nedelsky, 1999, p. 264).

Este constitucionalismo se ha centrado en la defensa del derecho de propiedad desde la Quinta enmienda de la Constitución federal de 1787, que declara que a ninguna persona se le privará de la vida, la libertad o la propiedad para uso público sin un debido proceso legal ni se le expropiará su propiedad sin justa compensación.

La preocupación de los fundadores de los Estados Unidos por la protección del derecho de propiedad se basaba en la necesidad de evitar el peligro de su privación por la opresión de una mayoría parlamentaria⁷⁹. En ese sentido, en el pensamiento

⁷⁸ La idea de servicios de interés económico general fue introducida por el Tratado de Ámsterdam de 1997.

⁷⁹ «En 1787, la propiedad era un candidato perfecto para asumir tal valor. Estaba apoyada por una impresionante tradición filosófica: tanto Locke como los pensadores republicanos como Harrington subrayaron la importancia y el valor de la propiedad. La protección de la propiedad había sido una cuestión importante en la retórica de la revolución; su ejemplo más célebre era 'ningún impuesto sin representación'. Era un derecho con el que la mayoría de estadounidenses tenía un conexión inmediata y personal y era de una calidad concreta que lo convertía en símbolo ideal de la barrera entre los derechos individuales y el poder legítimo del gobierno» (Nedelsky, 1999, p. 291).

de Locke, que inspiró al constitucionalismo norteamericano, la libertad se identifica con el derecho de propiedad, de modo que esta filosofía se expresaba políticamente en un Parlamento elegido por los propietarios, para que a través de las leyes pudieran asegurar la posibilidad de aumentar ilimitadamente su propiedad y protegerse contra cualquier riesgo de que los desposeídos los privaran de ella de forma legal (Kriele, 1980, p. 285).

Como señala el historiador Beard, la Constitución fue esencialmente un documento económico basado en el concepto de que los derechos privados fundamentales de la propiedad son anteriores al gobierno y están moralmente más allá del alcance de las mayorías populares (Beard, 1935, p. 234).

Esta doctrina, denominada individualismo de posesión —que tiene sus orígenes en Locke— es uno de los antecedentes históricos del actual neoliberalismo. Puede conducir, en última consecuencia —como señala Kriele— a la idea de la Constitución dentro del marco de la economía, mientras que la idea propia del liberalismo era la economía en el marco de la Constitución (Kriele, 1980, p. 286).

El individualismo de posesión fundamentó la defensa de la esclavitud en nombre del derecho de propiedad. Así, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional la ley federal que había abolido la esclavitud con el argumento de que era incompatible con la Quinta enmienda, en un caso en que consideró que el demandante había sido privado de su propiedad por una ley federal y no por un debido proceso legal (p. 298)⁸⁰.

En la causa *Lochner vs. New York*, de 1905, la Corte declaró inconstitucional una ley del estado de Nueva York, que limitaba las horas de trabajo en las panaderías a diez horas diarias y a sesenta horas semanales, como una violación a la libertad de contratación. El demandante era John Lochner, un maestro panadero que reclamaba contra la mencionada ley por violar la Decimocuarta enmienda, privándole de su libertad sin el debido proceso legal. Bajo la doctrina del debido proceso sustantivo,

⁸⁰ En ese sentido, el juez Taney declaró que el Compromiso de Missouri era inconstitucional, porque «estos poderes, y otros, en relación con los derechos de las personas, que no es necesario enumerar aquí, son, en términos expresos y positivos, denegados al gobierno general; y los derechos de propiedad se unen con los derechos de la persona, y colocados en el mismo terreno por la Quinta enmienda de la Constitución, que dispone que nadie será privado de la vida, la libertad y la propiedad sin el debido proceso legal. Y una ley del Congreso que priva a un ciudadano de los Estados Unidos de su libertad o de su propiedad, meramente porque llegó por sí o fue llevada su propiedad a un determinado territorio de los Estados Unidos, y que no ha cometido ningún delito contra las leyes, difícilmente puede dignificarse con el nombre de debido proceso legal». Otros dos jueces se le unieron en esta posición y otros declararon que el Compromiso de Missouri era inconstitucional por diversos motivos. Como señala Jones (1967), «La cláusula de debido proceso de la Decimocuarta enmienda, y en menor grado de la de la Quinta enmienda, han derivado en sus partes más importantes de la Constitución como fuentes de derechos sustantivos» (p. 195).

las cortes asumieron el poder de revisar el contenido de la legislación y las facultades de regulación estadual. En el caso *Lochner*, el derecho infringido era la libertad de contrato, que no era un derecho escrito en la Constitución. El derecho al debido proceso sustantivo evolucionó con la interpretación judicial de la Decimocuarta enmienda. Como detalla Sola, al comentar esta sentencia, el magistrado Peckham sostuvo que la libertad protegida por la Decimocuarta enmienda incluía el derecho de comprar y vender el trabajo (Sola, 2004, pp. 103-104).

Así, en la primera parte del siglo XX la idea de la propiedad privada como derecho inviolable y como valor fundamental del sistema político estadounidense fue usada abusivamente para combatir la asistencia social y la legislación de regulación en materia socioeconómica (Nedelsky, 1999, p. 274).

En esa orientación, se produjo inicialmente un «gobierno de los jueces» contra la legislación y política social de capitalismo con rectoría estatal del *New Deal* (1933-1938) de Franklin D. Roosevelt, quien definió su política reformista en los términos de un nuevo pacto constitucional:

A mi entender, la misión del Estado en relación con la empresa consiste en impulsar el estudio y formulación de una declaración de derechos en el plano económico, es decir, en la promulgación de una verdadera constitución de orden económico. Nuestra actual experiencia indica que la creación de este nuevo orden es no solo la política más adecuada del gobierno, sino que representa también la única vía de solución para nuestras estructuras económicas.

Así, la National Industrial Recovery Act (NIRA) de 1933 fue una legislación revolucionaria, pues establecía garantías a los convenios laborales entre patrones y asalariados. Los empresarios la combatieron y en 1935 la Corte Suprema declaró contrarias a la Constitución algunas disposiciones de la NIRA (Nedelsky, 1999, p. 277)⁸¹.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que en esos años la Corte Suprema emitió sentencias que explicitaban que gradualmente la política liberal e hipercapitalista que se había mantenido durante casi medio siglo, bajo la hegemonía del Partido Republicano, estaba en revisión como consecuencia de la crisis de la Gran Depresión de 1929.

⁸¹ Miguel Martínez Cuadrado señala (Salvat, 2005, pp. 277-278): «La resistencia más violenta se produjo con respecto a la ley Wagner. Esta ley, *National Labor Relations Act Board* (NLRAB) creaba en 1935 las negociaciones colectivas obligatorias, reforzando claramente la intervención de los sindicatos en las mismas y las discusiones con los empresarios. Las *Walsh-Healy Act* (1936) y *Fair Labor Standard Act* (1938), leyes que regulaban la contratación gubernamental con las empresas que aplicaban la NLRAB relaciones de trabajo) pagando los salarios acordados o estableciendo salarios mínimos y jornadas máximas legales, irritaron profundamente a las clases empresariales, pero consolidaron el aumento de la capacidad de producción, de los salarios y de los precios, alejándose del nivel de crisis a un ritmo mucho más acelerado con las primeras medidas del primer periodo del *New Deal*».

Así, en 1934, en la causa *Nebbia vs. Nueva York*, la Corte Suprema, por cinco votos contra cuatro, sostuvo la constitucionalidad de una ley del estado de Nueva York que creaba una comisión facultada para fijar el precio mínimo que debía pagar a los granjeros productores de leche y el precio que debían cobrar los intermediarios según fueran comerciantes mayoristas o minoristas. La mayoría de la Corte resolvió que:

Cuando se consideró que el interés público requería la fijación de precios mínimos, ese medio ha sido sostenido [...]. Si por el contrario, el cuerpo legislativo, en su esfera de acción, decide que de las condiciones o prácticas de una industria resulta una competencia excesiva, que es inadecuada para salvaguardar los intereses de los consumidores [...] produce un derroche perjudicial para el público, amenazando con disminuir al fin la oferta de un artículo necesario para el público, o presagia la destrucción de la industria misma, las leyes pertinentes sancionadas en un esfuerzo honesto para corregir las consecuencias amenazadas, no pueden ser dejadas de lado porque la regulación adoptada fijó precios considerados, razonablemente por la Legislatura, ser los justos, para aquellas que se ocupan de la industria y para el público consumidor. Y esto es especialmente así donde, como aquí, el defectuoso ajuste (*maladjustment*) lo es del precio, que amenaza perjudicar o dañar al productor en un extremo de la serie y al consumidor en el otro. La Constitución no asegura a nadie la libertad para conducir sus negocios de tal manera que infrinja daño o perjuicio en general, o aun grupo sustancial del pueblo. El gobierno o contralor del precio es inconstitucional solamente si es arbitrario, discriminatorio o manifiestamente desatinado (impertinente o fuera de razón: *irrelevant*) con la política que la Legislatura es libre para adoptar, y por tanto si constituye una innecesaria e injustificable (o inexcusable: *unwarranted*) interferencia en la libertad individual. En su mérito, declaróse la validez de la ley de Nueva York antes referida en virtud de la cual la comisión creada fijó el precio a pagarse al productor de leche, la ganancia que podían obtener los intermediarios según fueran mayoristas o minoristas, y el precio que debían pagar el consumidor, todo bajo las penas establecidas, y con derecho, por parte de la comisión de inspeccionar los libros, papeles y archivos de cualquiera persona ocupada en la industria de la leche, considerándose delito la violación de cualquiera cláusula del artículo 25, o de cualquiera orden legal de la comisión (Dalla Via, 1999, p. 189)⁸².

Con esta sentencia, la Corte Suprema abandonó tácitamente la doctrina jurisprudencial de no interferencia legislativa en los derechos de propiedad y de contratación. Aunque es cierto que «jamás debe olvidarse que no hay una última palabra tratándose de las decisiones de la Corte Suprema (de los EEUU): las cortes cambian lo mismo que la vida» (Padover, 1963, p. 87).

⁸² Citado en el fallo de la Corte Suprema de la Nación en Argentina en el caso *Avico c/de la Pesa*.

En 1937 se consolidó este giro jurisprudencial con el fallo del caso *West Coast Hotel vs. Parrish*, en el cual la Corte Suprema ratificó la constitucionalidad de una ley de salario mínimo para las mujeres del estado de Washington y marcó la finalización de la doctrina de la libertad de contrato como un derecho constitucional (p. 107).

Uprimny y Rodríguez en su tipología de constituciones económicas, que resulta de relacionar los derechos reconocidos por la Constitución con el grado de apertura o de institucionalización de un modelo económico, señalan a la Constitución de los Estados Unidos antes del *New Deal* como ejemplo de constituciones que reconocen únicamente derechos económicos liberales y que constitucionalizan un modelo económico «cerrado». A partir del cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema en 1937, la clasifican como Constitución «abierta» (Uprimny & Rodríguez, 2005).

Cabe resaltar que la Quinta enmienda permite la expropiación de la propiedad privada por causa de «uso público». Determinar lo que constituye «uso público» se ha dejado en gran medida a la legislatura: «La función de la judicatura al determinar si [el] poder [de dominio eminente] se está ejerciendo para un propósito público es sumamente limitada»⁸³.

Más importante que imponer una barrera a la expropiación es la cuestión del cálculo de la indemnización. La pregunta básica parece ser si quienes pierden como resultado de la redistribución de la propiedad debe ser indemnizados (Ackerman, 1977, citado en Nedelsky, 1999, p. 271). Así, en el caso *United States vs. Commodities Trading Corp.*, la Corte Suprema llegó a reconocer recién en 1950 el derecho de indemnización por incautación de bienes a ciudadanos leales para fines de guerra.

En general, la Corte Suprema adoptó el criterio de que cualquier regulación emanada de un gobierno estadual o del gobierno federal sobre regulación del uso de la propiedad o la gestión empresarial se presume constitucional, y solo será rechazada si resulta manifiestamente arbitraria (Jones, 1967, p. 251).

En 1961, tres casos referidos a establecimientos abiertos al público que servían comida fueron conocidos por la Corte Suprema en *Garner et al. vs. el estado de Lousiana*. Se trató de casos muy relevantes que ponían en debate el derecho de propiedad y la segregación racial. Diversos arrestos y condenas tuvieron lugar por una ley de Lousiana, con motivo de manifestaciones de protesta contra la segregación racial lideradas por Martin Luther King Jr. En la segunda mitad del siglo XX, la opulenta sociedad estadounidense excluía a dieciséis millones de afroamericanos como

⁸³ *Bernman vs. Parker*, citado por Nedelsky, 1999, p. 270. En el caso *Poletown Neighborhood Council vs. City of Detroit*, el Tribunal Supremo de Michigan aprobó la expropiación de toda una vecindad que sería demolida y vendida a la General Motors. El objetivo era mantener la General Motors con todos sus empleos en Detroit, y la razón era que ello constituía un «beneficio público». Esta interpretación general del «uso público» permitió a la legislatura estadual privar de su propiedad a un privado para entregársela a otro privado.

ciudadanos de segunda categoría. La Corte Suprema revocó las condenas, porque consideró que se negó el debido proceso conforme a la Decimocuarta enmienda. La Corte no se pronunció respecto a la cuestión del derecho de igual protección en establecimientos abiertos al público, pero en su voto —coincidente con la mayoría— el magistrado Douglas formuló precisiones sobre los límites del derecho de propiedad:

Es opinión mía que un Estado no puede constitucionalmente obligar a cumplir una política de segregación en los servicios de restaurante. En algunas de las alegaciones se da por supuesto que los restaurantes son propiedad ‘privada’ en el mismo sentido en que es propiedad privada la casa de uno. Existe, por supuesto, propiedad ‘privada’ para muchos de los objetivos de la Constitución. Privada es también la propiedad de tranvías, centrales de energía eléctrica, almacenes, y otros tipos de empresa que, sin embargo, se han declarado desde hace mucho tiempo afectados por el interés público. Donde hay implicados derechos constitucionales, los intereses de la propiedad del individuo deben ceder el paso [...] Uno puede cerrar las puertas de su hogar a quien quiera que desee; pero alguien que explote una empresa que requiera licencia del gobierno goza de un privilegio que deriva del pueblo. Bien es verdad que las tiendas que no tienen licencia municipal, están en condiciones diferentes que no se presentan en este caso; pero la necesidad de una licencia revela que el público tiene derechos respecto a esos locales. El negocio no es cuestión de mero interés privado. Quienes gozan de licencia en sus empresas para uso público no deberían tener, conforme a la Constitución, la facultad de investirlos de licencia para el uso exclusivo de una raza, pues hay el preeminente requisito constitucional de que todo el poder del Estado se ejerza de modo que no niegue protección igual a cualquier grupo. Como dije en primer lugar el magistrado Harlan en su voto de disenso en *Plessy vs. Ferguson*, supra, en 1959 (16 S. Ct. en 1146)... en vista de la Constitución, a los ojos de la ley, no hay en este país ninguna clase superior, dominante y gobernante. Aquí no hay castas. Nuestra Constitución es ciega al color.

La ley de derechos civiles recién fue aprobada en 1964. Esta norma jurídica proscribió la discriminación y segregación en establecimientos abiertos al público como hoteles, restaurantes y lugares de diversión, y constituye un ejemplo contemporáneo de legislación federal que incide sobre el derecho de propiedad privada⁸⁴.

⁸⁴ Como señala Dagen (1967, p. 252), durante el período de sesiones de la Suprema Corte en que el Congreso federal aprobó la ley de derechos civiles, la Corte tuvo ocasión para revocar las condenas de manifestantes en ocho causas procedentes de Maryland, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Florida. Así, señala que: «Aunque una mayoría de nueve magistrados no decidió si hay un derecho constitucional que deba ser atendido en hoteles, restaurantes y servicios similares, seis miembros de la Corte, en votos separados, expresaron sus conclusiones sobre la cuestión. Tres de ellos (incluyendo el magistrado Douglas) expresaron la opinión de que ‘la Constitución garantiza a todos los norteamericanos el derecho a ser tratados como miembros iguales de la comunidad con respecto a los servicios abiertos al público’ Los otros tres llegaron a la conclusión, de que, a falta de legislación que requiera que los negocios de propiedad privada sirvan a todo el mundo, la Constitución no garantiza este derecho».

La reinterpretación del derecho de propiedad en la jurisprudencia norteamericana ha llegado a reconocer cuáles derechos socioeconómicos a prestaciones estatales pueden ser considerados dentro de la esfera del derecho de propiedad. En ese sentido, en 1970 destaca el caso *Goldberg vs. Kelly*, en que la Corte adoptó el criterio de la llamada «nueva propiedad» en el sentido de quien recibía apoyo de la asistencia pública tenía derecho a una audiencia antes de que le retirasen ese beneficio. En esa memorable sentencia, el juez Brennan sostuvo que la finalidad de la cooperación social no es obtener un beneficio, sino promover la dignidad y el bienestar de todos los ciudadanos:

Desde su fundación, el compromiso básico de la Nación ha sido promover la dignidad y el bienestar de todas las personas que se encuentren dentro de sus fronteras. Hemos terminado por reconocer que existen fuerzas que escapan al control de los pobres que contribuyen a su miseria [...] Al satisfacer las demandas básicas de subsistencia, la asistencia social puede contribuir a poner al alcance de los pobres las mismas oportunidades de las que disfrutaban otros para participar de un modo significativo en la vida de la comunidad [...] La asistencia pública no es simple caridad, sino un medio para ‘promover el bienestar general, y asegurar las bendiciones de la libertad para nosotros mismos y para nuestra posteridad (citado en Nussbaum, 2007, p. 205).

Empero, durante los años de auge republicano en las décadas de 1980 y 1990, durante los gobiernos de Ronald Reagan y George Bush, la Corte Suprema fue presidida por el destacado jurista conservador Rehnquist⁸⁵. Una de las grandes orientaciones del constitucionalismo conservador estadounidense es asumir el «originalismo», o interpretación de la Constitución y sus enmiendas por la «intención original» de los constituyentes de 1787, desde la cual se pretende dar marcha atrás en los derechos civiles y libertades reconocidos por la Corte Suprema cuando la presidió Earl Warren⁸⁶.

⁸⁵ Rehnquist demostró una inclinación a invocar los derechos de propiedad y del contrato para limitar el alcance del poder del Estado en los casos: *Penn Central Transportation vs. New York City* (1978); *United States Trust Co. vs. New Jersey* (1977); *Allied Structural Steel Co. vs. Spannaus* (1978), según J. Nedelsky, 1999, p. 277. En Davis (1989) se señala que participó en la campaña presidencial de Goldwater en 1964 y antes aún fue un abogado activista del partido republicano de 1958 a 1966, que se dedicó a acosar, intimidar e interferir a negros e hispanos para que no votasen; incluso declaró públicamente ante el ayuntamiento de una ciudad: *I am opposed to all civil rights laws* (citado en García de Enterría, 1996, p. 187).

⁸⁶ «La ideología juega, en este momento, un rol que, con ser ciertamente innegable e inestimable, no se hace tan patente ni expreso como en el momento *ex ante*. Pero, al igual que en este, la ideología le viene del sujeto que explica o explicita la Constitución, y aun —como ha solido decirse— del que la lee

La nueva derecha judicial impulsada bajo la Administración republicana de Reagan se nutre del economicismo neoliberal del análisis económico del derecho (*Law & Economics*), cuyo representante de la Escuela de Chicago es Richard Posner, nombrado juez federal en Chicago.

El desarrollo del análisis económico del derecho tiene en gran medida su impulso con la obra de Posner *Economic Analysis of Law* (1973). Consiste en un estudio sistemático de la mayoría de los sectores del sistema jurídico americano, desde una perspectiva del análisis económico del derecho, incluyendo las ramas más tradicionales del *common law*, hasta los más variados temas como la legislación tributaria, *antitrust*, el proceso judicial y la propia Constitución⁸⁷.

3. EL CONSTITUCIONALISMO ECONÓMICO EN AMÉRICA LATINA

En los últimos lustros del siglo XX surgen nuevas tendencias en el constitucionalismo económico en América Latina, fuertemente influidas por el constitucionalismo social. A continuación, reseñamos a los sistemas constitucionales económicos más emblemáticos de América Latina.

3.1. Constitución panameña de 1972

Cabe señalar como pionera en este nuevo constitucionalismo latinoamericano a la Constitución panameña de 1972, que dedica el título X («La Economía Nacional») a los principios de la constitución económica.

[...] el profesor o el magistrado, ciertamente, son tan de “carne y hueso” como el constituyente, con todos los corolarios ideológicos implicados en ello» (Bustos, 1981, p. 18).

⁸⁷ Dalla Via (1999) se basa en los siguientes pilares ideológicos, según Mercado Pacheco (1994): (i) Un sistema de *property rights* eficiente, es decir, un sistema de derechos de apropiación de los recursos con las características de universalidad, exclusividad y plena transferibilidad; (ii) Un derecho de contratos al que competiría la función de facilitación del mercado, disciplinando el intercambio de *property rights* para que este consiga el resultado eficiente: la asignación de la titularidad de los derechos a aquellos que más lo valoren, a aquellos que estén dispuestos a pagar más por su uso en un proceso de negociación; (iii) Un sistema de responsabilidad civil para los casos en que el mercado no pueda funcionar por la existencia de externalidades provocadas por altos costos de transacción y en los que se resuelva el conflicto de derechos adoptando una decisión en sustitución del mercado. La función de la responsabilidad civil se lleva a cabo asignando derechos (derecho a ser indemnizado, por ejemplo) a quien más beneficien y obligaciones a quien pueda soportarlas con el menor costo, cumpliendo con la lógica racional que hubiera dictado el mercado en el caso de inexistencia de costos de transacción. En ese sentido, Mercado concluye que: «Si el derecho de propiedad es un instrumento de constitución de mercado, el contrato su mecanismo de facilitación y la responsabilidad civil el sustituto que reproduce su decisión no nos debe extrañar que el sistema jurídico se convierta en un “meta mercado institucional”, con una función instrumental explícita de asignación y distribución de recursos de acuerdo con las exigencias de la eficiencia económica».

En esa línea, el artículo 277 reconoció dentro de un régimen de economía mixta una rectoría del Estado en la economía nacional, al declarar que:

El ejercicio de las actividades económicas corresponde primordialmente a los particulares, pero el Estado las orientará, dirigirá, reglamentará, reemplazará o creará según las necesidades sociales y dentro de las normas del presente Título, con el fin de acrecentar la riqueza nacional y de asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes del país.

El Estado planificará el desarrollo económico y social mediante organismos o departamentos especializados cuya organización y funcionamiento determinará la ley.

3.2. Constitución chilena de 1980

A contracorriente del Estado social de derecho que inspira a los documentos constitucionales latinoamericanos, en 1980, durante el régimen autoritario del general Augusto Pinochet Ugarte, se aprobó la Constitución chilena, mediante un plebiscito cuya validez fue cuestionada por la oposición democrática. La Constitución de 1980 está vigente y ha sido remozada por los regímenes democráticos con las reformas en 1989, 1991, 1997, 1999, 2000, 2003, 2005, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2017. Durante el régimen pinochetista fue calificada como un modelo constitucional de neoliberalismo autoritario. El dictador chileno afirmó que estaba inspirada en «un sistema económico libre, fundado en la propiedad privada de los medios de producción y en la iniciativa particular, dentro de un Estado subsidiario, crucial definición que el sistema anterior no contenía y que ahora se levanta como un sólido dique de resguardo de la libertad frente al estatismo socialista» (Brañes Ballesteros, 1982, p. 36).

Esta Constitución proclama en el artículo 19, inciso 21, que el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividad empresarial o participar en ella «solo si una ley de quórum calificado la autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo de quórum calificado». Se trata de una declaración implícita del principio de subsidiariedad referido a la limitación de la iniciativa pública empresarial⁸⁸.

⁸⁸ «El respeto al principio de subsidiariedad supone la aceptación del derecho de propiedad privada y de la libre iniciativa en el campo económico», expresó la Declaración de Principios del Gobierno de Chile del 1 de marzo de 1974.

En materia de derecho de propiedad, la Constitución de 1980 es la más restrictiva para la expropiación. Para la toma de posesión del bien expropiado se requiere el previo pago del total de la indemnización. Así, el artículo 19, inciso 24, prevé que:

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de algunos de los atributos o facultades esenciales de dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado. La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar, previo pago del total indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.

3.3. Reforma de 1983 de la Constitución mexicana de 1917

En la línea del Estado social de derecho, en 1983 se reforma la Constitución mexicana de 1917, para actualizar su contenido progresista⁸⁹. Se trata de un texto que afirma la rectoría del Estado en la constitución económica, dentro de un sistema de economía mixta. Así, el artículo 25 declara:

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo. El Estado velará por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo. El Plan Nacional de Desarrollo y los planes estatales y municipales deberán observar dicho principio.

⁸⁹ «El aspecto más sugestivo de las recientes reformas al citado artículo 25 de la carta federal, se refiere a la institución que se califica como rectoría económica del Estado, la cual, no obstante las inquietudes que despertó en algunos sectores empresariales, no implica una innovación sustancial, pues dicha rectoría se encontraba implícita en varios preceptos constitucionales [...]; además de que se ejerció cada vez con mayor rigor en los últimos años» (Fix Zamudio, 1985, p. 112).

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de las libertades que otorga esta Constitución.

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuya al desarrollo de la Nación.

Asimismo, la reforma constitucional de ese artículo habilitó al Estado la reserva al sector público de áreas estratégicas. En el artículo 26 se previó que el Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional, con la participación de los diversos sectores sociales, que recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo.

3.4. Constitución brasileña de 1988

Con un acentuado contenido valorativo progresista de reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, la Constitución brasileña de 1988 desarrolla los principios generales de la actividad económica en el capítulo I («De los principios generales de la actividad económica») del título VII («Del orden económico y financiero»).

El artículo 170 declaró que el orden económico está fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la justicia social, observando los siguientes principios⁹⁰:

1. Soberanía nacional;
2. Propiedad privada;
3. Función social de la propiedad;
4. Libre concurrencia;
5. Defensa del consumidor;
6. Defensa del medio ambiente incluso mediante tratamiento diferenciado según el impacto ambiental de productos y servicios y de sus procesos de preparación y disposición (artículo con texto por enmienda constitucional 42, 2003);
7. Reducción de las desigualdades regionales y sociales;
8. Busca del pleno empleo;
9. Tratamiento favorable para las empresas brasileñas de capital nacional de pequeño porte constituidas bajo las leyes brasileñas y que tengan su sede y administración en el país (artículo con texto por enmienda constitucional 6, 1995).

⁹⁰ El numeral VI fue reformado en 2003 en los siguientes términos: «Defensa del medio ambiente inclusive mediante tratamiento diferenciado conforme al impacto ambiental de productos y servicios y de su proceso de elaboración y prestación».

El artículo finaliza con el párrafo único que declara: «Se asegura a todos el libre ejercicio de cualquier actividad económica, con independencia de autorización de órganos públicos, salvo en los casos previstos en la ley».

La constitución económica brasileña previó la constitución de empresas públicas solo «cuando sea necesaria por imperativos de seguridad nacional o de interés económico relevante, conforme a la definición de la ley» (artículo 173). Asimismo, el artículo 174 define el rol del Estado en el sistema económico como agente normativo y regulador de la actividad económica que ejercerá, en la forma de la ley, las funciones de fiscalización, promoción y planificación, siendo esta determinante para el poder público e indicativa para el privado.

Es destacable el capítulo II del título VII, «Política Urbanística», que desarrolla los principios constitucionales del derecho urbanístico. Así, el artículo 182 en su primer párrafo declara: «La política de desarrollo urbanístico, ejecutada por el Poder Público Municipal, de acuerdo con las directrices generales fijadas en la ley, tiene por objeto ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y garantizar el bienestar de sus habitantes».

3.5. Constitución colombiana de 1991

La Constitución colombiana de 1991, una de las más progresistas entre los recientes textos fundamentales latinoamericanos, dedica su título XII al «Régimen Económico y de la Hacienda Pública». Define a Colombia como «Estado social de derecho basado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general». La rectoría del Estado dentro del régimen económico es categórica, conforme al artículo 334, reformado por Acto Legislativo 03 de 2011, que proclama que:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

En materia de derecho de propiedad, la Constitución colombiana en su artículo 58, reformado por Acto Legislativo 01 de 1999, garantiza los derechos adquiridos y a su vez declara que la propiedad es una función social que implica obligaciones:

Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.

3.6. La reforma de 1994 de la Constitución argentina

La Constitución argentina de 1853 es reformada en 1994 y dentro de esta reforma el artículo 14 *bis* desarrolla los principios del Estado social al reconocer derechos económicos y sociales del trabajo⁹¹. Dalla Vía señala que se propugna un modelo de competencia, dentro del cual cabe al Estado un rol regulador para que el mercado funcione (Dalla Vía, 1999, p. 128).

⁹¹ La reforma constitucional de 1949, durante el régimen de Juan Domingo Perón, destacó por la incorporación de derechos sociales fundamentales, incluyendo los derechos del trabajador. A raíz del golpe militar de 1955 la reforma constitucional fue abolida y se restauró la Constitución liberal de 1853. En 1957 una reforma constitucional incorporó el artículo 14 bis, en el que se reconocieron derechos sociales del trabajo, entre otros.

La reforma de 1994 protege el derecho al ambiente sano. Así, el artículo 41 declara que:

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

La reforma de 1994 es innovadora en la tutela de los derechos de los consumidores:

Artículo 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

El techo ideológico de la reforma de 1994 se hace explícito en el artículo 75, inciso 19, que proclama como valores fundamentales que debe proveer la legislación: «al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento».

Como señaló el profesor argentino Bidart Campos (2002b), estamos ante un modelo constitucional de planificación económica o planeamiento que se puede calificar de economía social de mercado propia de un Estado social y democrático de derecho, que se reconoce —sin mención explícita— en la reforma constitucional de 1994 (p. 6).

El campo de la economía y de la libertad económica con sus derechos conexos (por ejemplo: libertad de comercio e industria, autonomía de la voluntad contractual, propiedad, etc.) no puede quedar totalmente a merced del mercado irrestricto y de la competencia absoluta e irrefrenable porque hay facetas de la libertad, de la igualdad y de los derechos que no tienen cabida, ni deben tenerla en el mercado. Las necesidades elementales y las privaciones injustas de toda persona exigen ser satisfechas y remediadas y cuando el mercado no las abastece y subsana, la presencia razonable del Estado en la economía viene demandada por el plexo de valores de la Constitución.

Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución reformada en 1994
Germán Bidart Campos

En definitiva, no puede tener cabida una autorregulación del mercado autosuficiente en su libre competencia irrestricta por el juego espontáneo de la oferta y la demanda, aunque solo sea en razón de que la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales no son objetos que entren ni que deban entrar al mercado. La presencia activa del Estado es indispensable —sin detrimento de la libertad— a favor de la persona, de sus derechos, de la igualdad de oportunidades y de trato, del desarrollo, de la solidaridad, y del sistema axiológico de la Constitución.

3.7. Reforma de 1996 de la Constitución de Costa Rica

En una orientación similar, el artículo 46 de la Constitución de Costa Rica, reformada en 1996 por Ley 7607, establece que:

Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuese originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora. Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial. Para establecer nuevos monopolios a favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.

Consideramos que, en relación a América Latina, puede afirmarse que los textos constitucionales se actualizan en forma abundante y dinámica, fenómeno que, como señala Fix Zamudio (1997) evidencia su creciente importancia en la vida de nuestros

países (p. 30). En estas últimas oleadas de reformas constitucionales, una de las características más saltantes es la recepción tardía del constitucionalismo del Estado social de derecho en países con elevados niveles de pobreza y con desigualdades extremas en la distribución del ingreso, situaciones que exigen atención permanente a las demandas sociales insatisfechas. El gran reto pendiente es el de alcanzar una nueva institucionalidad en el siglo XXI con políticas de desarrollo económico y cohesión social que satisfagan las necesidades básicas de bienestar de los ciudadanos dentro del marco jurídico de ordenamientos constitucionales que se apliquen en la realidad y nos permitan superar a las constituciones nominales o semánticas. Esta nueva institucionalidad no puede ni debe, sin embargo, contradecir las tendencias globalizadoras con sus novísimos contenidos tecnológicos y culturales, sino más bien tratar de adaptarla a estas nuevas realidades.

4. LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Desde el inicio de los procesos políticos que dieron lugar a la independencia de los países sudamericanos de la Corona española, ha estado presente, aunque en forma intermitente, el ideal de una unión económica y política que nunca se concretó acabadamente. En ese contexto, los procesos de integración económica en América Latina y específicamente en Sudamérica han nacido como respuesta al reto de ampliar mercados y espacios económicos. Así, mejorando economías de escala y ampliando fronteras, las empresas podrían adaptarse y especializarse para ser más competitivas y obtener ventajas (Dalla Via, 1999, p. 663), y la población alcanzar más altas cotas de bienestar. Han sido factores favorables el idioma, la religión y la cultura común, y en contra la lejanía de los centros de poder y las dificultades geográficas.

En América Latina debemos referirnos como antecedente a los actuales procesos de integración a la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio), constituida con la finalidad de constituir un mercado común latinoamericano. La ALALC fue una de las primeras organizaciones que promovían la integración económica del continente americano. Creada mediante el Tratado de Montevideo en 1960, con la inicial participación de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú Uruguay y Venezuela, procuraba crear una zona de libre comercio en el espacio latinoamericano. El problema con la ALALC es que favorece mayormente a las economías estables, por lo que nació la idea de la integración entre Estados más afines por su situación económica.

La ALALC fue el antecedente de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), constituida en 1980 en el marco del Tratado de Montevideo para promover y establecer un mercado común (Dalla Via, 1999, p. 640).

La integración significa la «unión de las partes en un todo». Esto nos indica, desde una perspectiva jurídica, la flexibilización de la noción tradicional de soberanía. En el Perú, el artículo 100 de la Constitución de 1979 establecía que «El Perú promueve la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones».

De una revisión de los textos constitucionales latinoamericanos, debe destacarse la proyección integracionista de la Constitución colombiana de 1991, que en su artículo 227 proclama que:

El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre las bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

Asimismo, el artículo 4 de la Constitución brasileña de 1988 declara:

Parágrafo único: La República Federativa de Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, aprobando la formación de una Comunidad Latinoamericana de Naciones.

Es así que en el marco del proceso de integración latinoamericana se inicia la integración subregional andina. Sus antecedentes se remontan a 1969 con el Acuerdo de Cartagena, celebrado por Colombia, Chile, Venezuela, Perú y Bolivia, conocido como Grupo Andino y que entró en vigor el 16 de octubre de ese año. En 1973 Venezuela se adhiere como país miembro y tres años después Chile, en pleno neoliberalismo autoritario, denuncia el tratado y se separa del Grupo Andino. El 10 de marzo de 1996, el Acuerdo de Cartagena adopta el nombre de la Comunidad Andina de Naciones como organización subregional con personalidad jurídica internacional, conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela como países miembros. En 2006 se reincorporó Chile en calidad de miembro asociado, y Venezuela se retiró generando incertidumbre respecto a la viabilidad del proceso de integración.

La Comunidad Andina de Naciones es un proceso de integración que pretende crear un espacio común de países andinos para el libre intercambio de bienes y servicios. Sus principales objetivos son incentivar el desarrollo armónico y equilibrado —en condiciones de igualdad— de los países que la conforman, por medio de la integración y cooperación económica y social; y formar gradualmente un mercado común latinoamericano, promoviendo la participación de los países miembros en un nivel de integración similar al de la Unión Europea. Para conseguirlo, procura la consolidación

del área de libre comercio, la conformación de la unión aduanera andina, la promoción del comercio de servicios, la política exterior común y las empresas multinacionales andinas. Empero, hasta la actualidad no se constituyó una unión aduanera.

Debe destacarse que la Comunidad Andina de Naciones ha desarrollado un marco jurídico supranacional que se integra como un bloque normativo con las constituciones económicas de sus países integrantes. La evolución del ordenamiento jurídico andino dio lugar al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con sede en Quito, suscrito en 1979. Con este tratado se establecieron disposiciones relativas a la naturaleza del ordenamiento jurídico andino y el régimen jurídico de solución de controversias. La supranacionalidad de la norma comunitaria supone su prevalencia en caso de conflicto con la norma interna, conforme al derecho internacional. El artículo 2 del reglamento interno del citado tribunal señala que «la misión jurisdiccional del Tribunal [...] es la de declarar el derecho de la Comunidad Andina y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en los Estados Miembros».

Con esos tratados, los Estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones han establecido los objetivos de su proceso de integración: la conformación de una organización internacional con personalidad jurídica propia y las atribuciones normativas, administrativas y jurisdiccionales de cada órgano comunitario que integra la organización (Stucchi, 2006, p. 82).

Cabe señalar que entre el derecho comunitario y el derecho interno no existe una relación jerárquica o de sometimiento de un ordenamiento al otro, sino que se trata de dos esferas de competencia distintas en materias en que cada Estado miembro, soberanamente, decide delegar en base a mecanismos internos establecidos especialmente con esa finalidad (Dalla Via, 1999, pp. 611-612).

En el sistema jurídico de la Comunidad Andina de Naciones existe un segundo nivel de fuentes normativas integrado por las decisiones emitidas tanto por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, como por la Comisión. Destacan en la actualidad como normas comunitarias las siguientes decisiones:

1. Mecanismos comunes de defensa comercial a través de medidas antidumping (Decisiones 283 y 456).
2. Régimen común sobre acceso a los recursos genéticos (Decisión 391)
3. Normas para la adopción de medidas de salvaguardia a las importaciones provenientes de países no miembros de la Comunidad Andina (Decisión 452).
4. Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de países miembros de la Comunidad Andina (Decisión 457).

5. Régimen común sobre propiedad intelectual (Decisión 486)⁹².
6. Creación del pasaporte andino (Decisiones 504, 709 y 719)
7. Establecimiento de la estrategia regional de biodiversidad (Decisión 523)
8. Aprobación del arancel externo común (Decisión 535)
9. Protección y recuperación de bienes del patrimonio cultural (Decisión 588)
10. Creación del Consejo de Ministros de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible (Decisión 596).
11. Nuevo sistema de promoción y protección de la libre competencia (Decisión 608).
12. Armonización de regímenes aduaneros (Decisión 671).
13. Creación del Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas (Decisión 674).
14. Adopción de indicadores socioeconómicos (Decisión 753).

A pesar de que ha continuado su existencia, durante los últimos años la Comunidad Andina de Naciones ha perdido la importancia relativa que tuvo para formular las políticas de su competencia. Sin embargo, el comercio intrarregional ha seguido creciendo y tiene una importancia que no puede soslayarse. A continuación, algunas cifras que muestran el movimiento económico en la Comunidad Andina de Naciones reciente.

Durante el 2017, crecieron exportaciones de los países de la Comunidad Andina al mundo.

Asimismo, exportaciones intracomunitarias se incrementaron en 6,2%, frente a lo registrado en el año 2016.

En el periodo enero-diciembre de 2017, las exportaciones al mundo de los Países Miembros de la Comunidad Andina alcanzaron los 107 mil 142 millones de dólares, lo que representa un incremento de 19,1% frente a las exportaciones realizadas en el año 2016.

Según el departamento de Estadísticas de la Secretaría General de la CAN, las exportaciones de Perú al mundo crecieron 23,3%; las de Colombia 19,1%; las del Ecuador se incrementaron en 13,9% y las de Bolivia 11,1%.

⁹² Dentro del proceso de implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos se ha expedido el decreto legislativo 1075, que aprueba disposiciones complementarias a la decisión 486 de la Comunidad Andina que establece el régimen común sobre propiedad industrial.

Los principales productos que los países andinos exportaron al mundo fueron: aceites crudos de petróleo, minerales de cobre, formas en bruto de oro, hulla bituminosa, plátanos tipo «Cavendish valery» frescos, minerales de cinc, entre otros.

Asimismo, las exportaciones intracomunitarias, en los doce meses del año 2017, totalizaron 7 mil 572 millones de dólares, superior en 6,2% a lo registrado en el año anterior.

Los diez principales productos exportados intracomunitariamente durante el mencionado periodo son los siguientes: aceites crudos de petróleo, tortas y demás residuos sólidos de soja, las demás preparaciones para la alimentación de animales, los demás azúcares de caña o de remolacha, aceite de soja en bruto, alambre de cobre refinado, los demás medicamentos para uso humano, entre otros.

Al respecto, el Secretario General de la Comunidad Andina, Walker San Miguel destacó el dinamismo de las exportaciones de los países de la subregión andina, tanto en el mercado externo como en el intracomunitario y dijo que la evolución positiva del comercio exterior fortalece el crecimiento de los países con igualdad.

Fuente: Comunidad Andina de Naciones.

Es importante poner de relieve que han sido los países andinos los primeros en adoptar medidas para la protección de los derechos al conocimiento tradicional, relacionado todo ello con la extraordinaria biodiversidad de sus territorios, lo que se vincula adicionalmente con la problemática que surge de la regulación internacional sobre patentes de invención, nuevas tecnologías, nuevas variedades vegetales y biopiratería. Adicionalmente, son temas presentes en la negociación de los acuerdos de libre comercio con los países más avanzados. Ello hace de gran importancia el análisis de las vinculaciones entre las Decisiones 391 y 486, el texto de los citados acuerdos y la legislación nacional pertinente. Todo ello será visto más ampliamente en el capítulo 17, cuando se traten los temas de la diversidad biológica y los conocimientos tradicionales.

En el marco del proceso de integración latinoamericana, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay celebran en Asunción el 26 de marzo de 1991 el Tratado para la constitución de un mercado común entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, que quedó conformado como el Mercado Común del Sur - Mercosur. Actualmente está integrado también por Bolivia y Venezuela. En el preámbulo del Tratado de Asunción se expresa que es un avance en el esfuerzo de integración de América Latina, conforme a los objetivos del ALADI. Se declara que sus propósitos son la aceleración del desarrollo con justicia social, con coordinación macroeconómica y complementación sectorial que debe realizarse en base a los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio, lográndose una unión más estrecha entre los pueblos.

Se proclama la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Parte y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles, a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes.

El artículo 1 del Tratado de Asunción declara que los Estados Parte deciden constituir un mercado común, que debe estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará «Mercado Común del Sur». Este mercado común implica: (i) La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente; (ii) El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico comerciales regionales e internacionales; (iii) La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Parte: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Parte; (iv) El compromiso de los Estados Parte de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

El Mercosur tiene una extensión de casi quince millones de kilómetros cuadrados y una población que supera los treientos millones de habitantes, además de que cuenta con una gran diversidad de pueblos y culturas. A la fecha no ha podido lograr las ambiciosas metas que se había propuesto inicialmente, entre otras razones por la crisis económica por la que atraviesan los dos países más poderosos del tratado, Brasil y Argentina.

La Unión de Naciones Suramericanas constituye el primer paso hacia una unión política y económica de la región, surgida a partir de la Declaración del Cusco del 8 de diciembre de 2004, en el marco de la Tercera Cumbre, por los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, Mercosur, Chile y Surinam. El 23 de mayo de 2008 Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela suscriben en Brasilia el Tratado Constitutivo de UNASUR, que procura impulsar la integración regional en materia de energía, educación, salud, ambiente, infraestructura, seguridad y democracia (García, 2013, p. 49). Cuenta con una extensión de casi dieciocho millones de kilómetros cuadrados y una población de aproximadamente cuatrocientos millones de personas. Este proceso, que formalmente se inició en 2011, se encuentra a la fecha paralizado por las diferencias políticas entre los países miembros y no se prevé su pronta superación.

La Alianza del Pacífico surge en Lima el 28 de febrero de 2011, con la firma de la Declaración Presidencial de la Alianza del Pacífico por los presidentes de Colombia, Chile, México y Perú, que acordó:

Establecer la Alianza del Pacífico para la conformación de un área de integración profunda en el marco del Arco del Pacífico Latinoamericano, que aliente la integración regional, así como un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de nuestras economías. A tal efecto, expresamos nuestro firme compromiso de avanzar progresivamente hacia el objetivo de alcanzar la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.

Sobre la naturaleza de la Alianza del Pacífico, Novak y Namihás (2015) señalan que hay quienes sostienen que en la práctica tan solo es un área de libre comercio ampliada en relación a las libertades ya establecidas mediante los acuerdos de libre comercio celebrados a nivel bilateral. Empero, señalan que la Alianza del Pacífico es un proceso sin fecha de término, dinámico, flexible y abierto que se adapta a las necesidades y circunstancias de cada momento (pp. 46-47).

Como los actuales miembros de la Alianza del Pacífico son economías de mercado, relativamente desreguladas y con una clara orientación exportadora y favorable a la inversión extranjera directa, es el modelo económico el que ha conducido a Chile, Colombia, México y Perú a integrarse en la Alianza del Pacífico (Heine, 2017, p. 20). En ese sentido, se proyecta a facilitar los flujos con la región del Asia-Pacífico, la zona más dinámica y de mayor crecimiento en el mundo del siglo XXI (pp. 22-23).

CAPÍTULO 7

LAS CONSTITUCIONES ECONÓMICAS DE LA REPÚBLICA PERUANA

1. EL LIBERALISMO CLÁSICO EN LAS CONSTITUCIONES DEL SIGLO XIX

1.1. Cuestiones preliminares

Las constituciones peruanas del siglo XIX se inscriben dentro del liberalismo clásico, pero en el marco de un proceso de reestructuración precapitalista, esto es, un sincretismo que adapta relaciones sociales basadas en una estratificación étnica estamental con un ordenamiento jurídico liberal, sin modificaciones de fondo en las estructuras socioeconómicas heredadas del periodo colonial⁹³.

Como señala Braudel, en términos aplicables al Perú de inicios de la República, «una sociedad de este tipo, derivada de la sociedad feudal y que todavía sigue siendo feudal a medias, es una sociedad en la cual la propiedad y los privilegios sociales se encuentran relativamente a salvo, en la cual las familias pueden disfrutar de aquellos con relativa tranquilidad, al ser la propiedad sacrosanta y desear ellos que así sea, y en la cual permanecen, por lo general, en su sitio» (Braudel, 1985, p. 83).

En ese contexto, el cambio de textos constitucionales es síntoma de la patología política de aquella época, esto es, la sucesión de gobiernos de los caudillos militares en la época fundacional de la República (Aljovín de Losada & Araya, 2006, p. 181).

⁹³ Mientras en términos del marxismo se trataría de una modernización de la superestructura jurídico-política sin modificar sustancialmente la infraestructura económica y social de la sociedad precapitalista, para el enfoque neoliberal de De Soto, Ghersi y Ghibellini (1986) se inició un sistema económico mercantilista cuyo desarrollo se ha caracterizado por «la producción autoritaria de la legislación, un sistema económico directamente intervenido por el Estado, una reglamentación engorrosa, detallada y «dirigista» de la economía, acceso difícil o imposible a la empresa por parte de los que no tienen vínculos estrechos con los gobernantes, burocracias abigarradas y una ciudadanía obligada en muchos casos a organizarse en coaliciones redistributivas y gremios poderosos» (p. 259).

El liberalismo fue la ideología del republicano Sánchez Carrión y de la primera Constitución de 1823, documento constitucional que proclamó en su artículo 4: «Si la Nación no conserva ni protege los derechos legítimos de todos los individuos que la componen, ataca el pacto social».

Empero, prevaleció el conservadurismo de las cuatro figuras dominantes desde 1821 hasta 1841: San Martín, Bolívar, Gamarra y Santa Cruz, quienes habían actuado bajo el estandarte del autoritarismo y la búsqueda del orden, aun cuando se sacrificara la libertad (Rey de Castro, 2010, p. 141).

El liberalismo, cuyos principales exponentes fueron Sánchez Carrión, Luna Pizarro y Vigil, preconizaba el parlamentarismo como forma de gobierno, un Estado menos centralizado, una noción de ciudadanía más inclusiva y la reducción de los privilegios de la Iglesia Católica y de los grupos de interés corporativos. En la línea del conservadurismo autoritario, destacó como ideólogo el sacerdote limeño Bartolomé Herrera, quien teorizaba sobre un Estado antidemocrático y antiliberal dentro de una sociedad cerrada y estamental (p. 145 ss.).

Se advierte en ese periodo cierta inclinación de los liberales por los sectores medios burgueses, mientras que los conservadores se acercaban a segmentos próximos a la clase terrateniente (Hernando, 2005, p. 201).

El Partido Civil que fundara Manuel Pardo y Lavalle significó un cambio muy significativo con el periodo anterior, dominado por el caudillaje militar, pues propuso un conjunto de modificaciones legislativas, especialmente en el ámbito de la educación y de la tributación, enfrentándose a los poderosos grupos económicos nacionales y extranjeros beneficiados con la economía del guano. Pardo rescató lo mejor del mensaje liberal presente desde la independencia, luchó por la conexión económica entre la costa y la sierra, y se apoyó en la naciente clase media, luchando contra la corrupción política. Fue la primera vez que la burguesía nacional tuvo un proyecto nacional de desarrollo. El asesinato de Pardo en 1878 y la posterior guerra con Chile (1879-1883) impidieron que sus ideas se aplicaran en toda su amplitud, pero muchas de ellas mantendrían su influencia durante los lustros siguientes. Este importantísimo esfuerzo cívico del civilismo, es preciso reconocerlo, no tuvo sin embargo concreción constitucional (Mc Evoy, 2007).

Los documentos constitucionales del siglo XIX corresponden a un contexto de divorcio entre la ley y la realidad que Flores Galindo denominó acertadamente como una república sin ciudadanos, debido a la exclusión social y al racismo (1988, pp. 257-286). Ugarte (1977) resume esta dicotomía en los siguientes términos: «La historia del Perú, en lo económico como en lo político, es una perenne contradicción entre la ley y la práctica, entre el programa pomposo y la acción tímida y claudicante» (p. 19).

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

Los rasgos más significativos de la visión del Perú que se elabora desde el discurso de las libertades son la consideración del individuo como sujeto de derechos y deberes, y la postulación de un orden democrático que se institucionaliza en la forma de Estado-Nación. Desde la perspectiva de este discurso, el Perú se compone, por tanto de individuos cuya fuente de su dignidad está en su pertenencia a la especie humana, dignidad que en principio, es independiente de las condiciones de existencia de los individuos y de sus diferencias de género, raza, religión, lengua y cultura. La sociedad que resulta de la reunión de esos individuos se gobierna a través de la democracia representativa. Como, por otra parte, se sabe que el Perú es una sociedad fragmentada y atravesada de diferencias, se establecen como factores vinculantes el predominio del idioma castellano, el sistema occidental de imágenes y símbolos, las creencias cristianas y una juridicidad que se supone fruto de la confrontación racional de los ciudadanos. Subrayando, la importancia de este último vínculo, probablemente el más importante visto en perspectiva intercultural, Benito Laso, un liberal convencido del siglo XIX, propuso el «patriotismo de la ley» como factor esencial de vinculación entre los peruanos, adelantándose en más de un siglo al ‘patriotismo de la Constitución’ que propone hoy Habermas para los alemanes (López Soria, 2007, pp. 86-87).

1.2. El derecho de propiedad en las constituciones del siglo XIX

El antecedente más relevante para la primera Constitución republicana de 1823 fue la Constitución de Cádiz de 1812, que estuvo vigente durante el virreinato hasta el retorno de Fernando VII en 1814 e irradió su influencia liberal al espectro del constitucionalismo europeo y americano de las siguientes décadas (Chust, 2012, p. 45). En la Constitución de Cádiz hallamos los valores y principios de una sociedad abierta: la soberanía nacional, el reconocimiento de los derechos ciudadanos, el fin de los privilegios estamentales y los preceptos del liberalismo frente a la monarquía absoluta (Marchena, 2012, p. 21). Las Cortes de Cádiz avanzaron a una constitución real:

Las medidas que tomaron fueron del siguiente orden: abolieron la Inquisición (los franceses hicieron lo propio) y todos los privilegios feudales: caza, pesca, bosque, molinos y otros, abolieron los diezmos, las prebendas eclesiásticas y buscaron

suprimir los monasterios y confiscar sus bienes, se dispuso transformar las inmensas tierras baldías, los terrenos de realengo y comunes en propiedad privada para amortizar la deuda pública, para los soldados desmovilizados de la guerra de independencia y una tercera parte para los campesinos pobres; se permitieron el cercado de pastos y otros bienes raíces; liberaron la propiedad rústica, convirtiendo las tierras en arables; y decretaron un sistema tributario progresivo entre otras (Sánchez, 2012, p. 88).

En su artículo 4 la Constitución gaditana declaró la protección del derecho de propiedad: «La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen».

Por el artículo 1 del Estatuto Provisional de 1821 se garantizó a todo ciudadano el derecho a conservar y defender su propiedad. Sin perjuicio de este hecho histórico, como señala Basadre, la historia de la República del Perú empieza con el Congreso Constituyente de 1822 (Basadre, 1999, I, p. 2).

En el inciso 3 de su artículo 193 dentro del capítulo V de Garantías Constitucionales, que sin duda actualmente correspondería a los derechos fundamentales, se proclamó la inviolabilidad de la propiedad privada. El reconocimiento constitucional del derecho de propiedad fue proclamado en todas las Cartas del siglo XIX, ya sean liberales o conservadoras: artículo 142 de la Constitución de 1826; artículo 149 de la Constitución de 1828; artículo 161 de la Constitución de 1834; artículo 167 de la Constitución de 1839; artículo 25 de la Constitución de 1856; artículo 26 de la Constitución de 1860; y artículo 25 de la Constitución de 1867.

La primera Carta en definir claramente la garantía de la propiedad en materia de expropiación fue la Constitución de 1826, que dispuso en su artículo 84 como restricción del presidente de la República: «No podrá privar a ningún individuo de su propiedad, sino en el caso que el interés público lo exija con urgencia; pero deberá proceder una justa indemnización al propietario».

En el artículo 165 de la Constitución de 1828 se estableció que: «Si el bien público, legalmente reconocido, exigiere la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado de su valor»⁹⁴.

En esa misma dirección, la Constitución liberal de 1828 estableció en su artículo 160 que todas las propiedades eran enajenables a cualquier objeto a que pertenezcan⁹⁵.

⁹⁴ Esta norma fue invocada por el conservador José María de Pando para oponerse a las leyes de abolición de esclavitud, que fue proclamada por primera vez en nuestros documentos constitucionales en el artículo 11 de la Constitución de 1823 (cfr. Basadre, 1999, II, pp. 440-441).

⁹⁵ Hay que tener en cuenta el peso histórico de la herencia colonial española (cfr. Cotler 1978). Como consecuencia, la república peruana asumió como pasivo a las instituciones jurídicas españolas en materia del derecho de propiedad. Como señala López y López (2002) sobre este régimen jurídico en España:

Como precisa Basadre, «las vinculaciones, así como el régimen de las manos muertas, sacaban la propiedad inmueble del comercio y circulación; y la encadenaban perpetuamente a una corporación o familia, excluyendo a todos los demás de la posibilidad de aspirar a ella. El modo de adquirir de nuevo estas propiedades se llamó amortización» (Basadre, 1999, II, pp. 116-117).

Otro proceso que se desarrolla en los primeros años de la República fue la concentración de la tierra mediante su enajenación a los hacendados vecinos de las comunidades indígenas. Ocurrió algo similar con la venta de tierras del Estado a los grandes propietarios. Este proceso se inicia con los decretos agrarios de Bolívar de 1824 y 1825: «Los grandes propietarios, con la ayuda o complacencia de las autoridades políticas, administrativas y locales se cuidaron de impedir que los indios resultaran agricultores independientes. Los decretos agrarios de Bolívar no tocaron a las haciendas en cuyo interior los colonos, aparceros o servidores recibían un tratamiento de contornos semif feudales» (p. 117).

1.3. La libertad de industria y comercio en las constituciones del siglo XIX

Tal como ha puesto de relieve Baldo Kresalja, la libertad de industria y comercio fue uno de los pilares del emergente sistema económico: «La libertad económica, formulada inicialmente en las nuevas repúblicas americanas latinoamericanas bajo el enunciado de la libertad de comercio y más adelante también como libertad de industria, deberá pasar por un complejo proceso político y legislativo para afirmarse. [...] el incipiente capitalismo necesitaba del afianzamiento de la libertad económica y la consiguiente formulación de un sistema jurídico adecuado a sus necesidades» (Kresalja, 2004, p. 505).

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

En aquellos territorios con una tradición centralista y mercantilista, como era el caso de las colonias españolas de América, que hasta muy entrado el siglo XVIII solo podían comercializar con los puertos de Sevilla y Cádiz, su implantación

«amortización significaba que los bienes estaban destinados, ya al aprovechamiento de un común de vecinos, ya a las necesidades de la Iglesia (que, por cierto había acumulado en los siglos intermedios un importantísimo patrimonio) ya vinculados a una determinada estirpe nobiliaria, a través de figuras como el mayorazgo o la primogenitura; Como estas necesidades se entendía que perduraban en el tiempo, más allá de las generaciones concretas, se establecía que los tales bienes comunales, eclesiásticos o amayorzados, no podían ser objeto de venta por sus respectivos titulares (que por carecer de tal posibilidad fueron calificados de manos muertas, y de ahí viene la palabra amortización)» (p. 250).

fue paulatina, a pesar de las reiteradas declaraciones constitucionales de las jóvenes repúblicas, que encuentran un antecedente expreso en la Constitución de Cádiz de 1812, la que en su artículo 131 da facultad a las Cortes para «promover y fomentar toda especie de industria y remover los obstáculos que la entorpezcan», así como en el Decreto del 8 de junio de 1813 en virtud del cual los constituyentes de Cádiz consagraron explícitamente la libertad de trabajo y permitieron la libre creación de fábricas, así como la libertad de comercio, la circulación de mercancías, y la venta de frutos «al precio que acomode (Kresalja, 2004, p. 505).

Entre los problemas que enfrentó la ejecución de la declaración de la libertad de industria y comercio estuvieron los gremios y corporaciones de tradición medieval, que retenían el privilegio de producir y comerciar determinado tipo de bienes. Igualmente resultó adversa la situación de personas y sociedades que retenían determinadas áreas de comercio interno o internacional por concesión de la monarquía, generalmente adquirida contra pago en efectivo (Rubio Correa, 2003a, p. 78).

La primera Carta Fundamental en proclamar enfáticamente las libertades de industria y comercio fue la de 1823 en el artículo 193 inciso 8, que declaró inviolables estas libertades en el capítulo referido a las garantías constitucionales, que consignan los derechos sociales e individuales, la propiedad, la libertad de imprenta y la libertad de la agricultura, industria, comercio y minería. En la misma dirección, fue reconocida en las Cartas del siglo XIX: artículo 148 de 1826; artículo 166 de la Constitución de 1828; artículo 162 de la Constitución de 1834; artículo 169 de la Constitución de 1839; artículo 22 de la Constitución de 1856; artículo 23 de la Constitución de 1860, artículo 22 de la Constitución de 1867.

Más allá de las diferencias de matices que contienen los textos del siglo XIX, en lo que se refiere a la libertad de industria y comercio se consigna su reconocimiento con limitaciones. Tal como apunta Kresalja, «sin duda hubiera sido importante detenerse en esos matices y apreciar si ellos tuvieron impacto en las normas jurídicas y en las decisiones de los tribunales pero creemos que ello sería tarea inútil debido a la falta de estabilidad y durabilidad de los textos constitucionales. Pero sí cabe precisar que el reconocimiento de la libertad de industria y comercio en los textos constitucionales no tuvo un carácter absoluto»⁹⁶.

⁹⁶ Kresalja (2004) cita el célebre *Diccionario de la Legislación Peruana* de Francisco García Calderón, quien en la segunda parte del siglo desarrolla una defensa cerrada de los beneficios que había traído al Perú la libertad comercial, a pesar de que los dispositivos legales pertinentes (Reglamento de Comercio) habían estado poco tiempo en vigencia: «no podrá desconocerse, sin embargo, que desde la época de la dominación española en que el país era rico en metales, y pobre en lo demás en virtud de que no había comercio libre, hasta la época presente, hemos ganado inmensamente en industria, en civilización y en riqueza» (p. 509).

En los años iniciales de la República debe destacarse el pensamiento librecambista de Vidaurre, quien en el Congreso Constituyente de 1828 se opuso a la proteccionista Ley de Prohibiciones que impedía la importación de una amplia diversidad de artículos que se producían en el país:

[...] la impugnó en nombre de los principios de la Economía Política, con citas de Say, Adam Smith y Dunoyer. Sostuvo que todos los hombres tienen por naturaleza el derecho de comprar de quien quiera y de vender del mismo modo; no se pueden crear gabelas para beneficiar a cierto número de miembros de la sociedad imponiendo nuevas obligaciones a los demás y el Gobierno no deben hacer que choquen la economía doméstica con la política (Basadre, 1999, II, p. 478).

1.4. El régimen hacendístico en las constituciones del siglo XIX

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

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

La Carta Constitucional de 1834 previó en el artículo 101 al Consejo de Estado como órgano consultivo del presidente de la República «en todos los negocios sobre los que le pida su dictamen» y, entre otras atribuciones, para velar por la observancia de la Constitución. A su vez, dispuso en su artículo 90 que el ministro de Hacienda debía presentar a este órgano constitucional, tres meses antes de abrirse la sesión anual del Congreso, la cuenta de la inversión de las sumas decretadas para los gastos del año anterior, y asimismo, el presupuesto general de todos los gastos y entradas del año siguiente. Esta disposición fue reiterada en el artículo 93 de la Constitución de 1839.

Es en el régimen del general Ramón Castilla (1845-1851) que el Congreso aprueba el primer presupuesto, para el bienio 1848-1849. Esto constituyó un esfuerzo notable para ordenar las finanzas públicas y cumplir el mandato constitucional (García Belaunde Saldías, 1998, p. 71).

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

Cabe destacar, durante este periodo, el artículo 9 de la Constitución liberal de 1867, que declaró que el Estado no reconocía la deuda contraída por regímenes de facto: «La Nación no es responsable de las obligaciones que contraigan o de los pactos que celebren los Gobiernos de hecho, aun cuando imperen en la Capital de la República, a no ser que esas obligaciones y esos pactos fuesen aprobados por un Congreso Nacional».

Así, por primera vez la Norma Suprema proclamaba que la Nación no se responsabilizaba de las deudas asumidas por gobiernos usurpadores. Norma correcta por su espíritu republicano, pues solo se garantiza la deuda pública contraída por gobiernos legítimos, pero lírica porque en la práctica constitucional peruana una vez restablecido el régimen constitucional prevaleció la doctrina de la continuidad de los actos y normas de los gobiernos de facto.

Un hito importante fue la promulgación por el presidente Manuel Pardo y Lavalle de la primera Ley Orgánica de Presupuesto el 16 de setiembre de 1874 (Castillo, 1950, pp. 22-25). Es igualmente relevante referirnos en esta etapa histórica a los presupuestos departamentales. Con este sistema, las rentas se dividieron en generales y departamentales y se otorgaron facultades a los departamentos para recaudar los tributos que eran propios: el predial urbano, el predial rústico, patentes, entre otros. El diseño de los presupuestos departamentales se inició con Manuel Pardo, cuando fue Secretario de Hacienda del presidente Mariano Ignacio Prado.

En 1872 Pardo se preocupó en consagrar una estructura descentralizada, basada en concejos departamentales que tendrían sus propios presupuestos. Este sistema se interrumpió en 1880 con la Guerra del Pacífico, pero se restableció plenamente con las juntas departamentales, restituidas por la Ley de Descentralización Fiscal de 1886 (Planas, 1998a, p. XXI).

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

2.1. Contexto de la Carta Fundamental de 1920

El régimen de Leguía (1919-1930) desarrolló un proceso de modernización que se inició con una etapa parlamentaria y constitucionalista en la que se aprueba la Carta Fundamental de 1920 (Basadre, 1999, XI, p. 2874). La Constitución de 1920 marca una ruptura con el liberalismo clásico, al surgir en el Perú con este texto fundamental el constitucionalismo social, bajo la influencia de las constituciones de México de 1917 y de Alemania de 1919. Así, la Constitución de 1920 se da inicio a una mayor intervención del Estado en la economía y al reconocimiento de las garantías sociales en el título IV. Javier Prado Ugarteche, senador por Lima que presidió la Comisión de Constitución, sostuvo que esas garantías se inspiraban en dos principios: (i) el reconocimiento del derecho de propiedad, a la industria y al trabajo no puede ser absoluto sino que deben ser condicionado por la Constitución y las leyes; y, (ii) la necesaria intervención del Estado en la economía, «principio renovador en una época en que nuestra mayoría de dirigentes actuaban aún dentro de los clásicos principios de la economía liberal» (Pareja Paz Soldán, 1987, p. 173).

Como señaló Olaechea (1987), a los fines clásicos del Estado de defender la independencia contra toda agresión, la organización de las instituciones necesarias para la seguridad y el orden público, y la realización del derecho, se agregan otros destinados a los «servicios públicos relativos a la industria, la enseñanza, la asistencia, las comunicaciones, la agricultura» (p. 19). Es por ello que el artículo 4 de la Constitución de 1920 declaró que el Estado tiene por fin: «atender al progreso moral e intelectual, material y económico del país».

2.2. El derecho de propiedad en la Carta Fundamental de 1920

El contenido de este derecho tiene las siguientes características principales, inspirada en la Doctrina Calvo que a su vez dejó su impronta en la Constitución mexicana de 1917: (i) el sometimiento de la propiedad, cualquiera que fuese el propietario, exclusivamente a las leyes de la República y la prohibición de que sean materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso es de todos, como los ríos y caminos públicos (artículo 38); (ii) la igualdad jurídica de los extranjeros, en cuanto a la propiedad, con los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas; y, (iii) la prohibición a los extranjeros, en una extensión de cincuenta kilómetros distantes de las fronteras, de adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas y combustibles, directa

o indirectamente, ya sea individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, salvo el caso de necesidad nacional declarada por ley especial (artículo 39).

En esa misma dirección, la reserva de ley, por razones de interés nacional, para establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, ya sea por la naturaleza de ellas o por su condición o situación en el territorio (artículo 40).

Se declara que los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de las comunidades de indígenas son imprescriptibles y solo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley (artículo 41). Las limitaciones para la transferencia de los bienes de las comunidades indígenas, sustrayéndolas del mercado, tienen su origen histórico en esa disposición, con una finalidad de amparar su propiedad secular, según lo sustentó Javier Prado (Pareja Paz Soldán, 1987, p. 173)⁹⁷.

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

2.3. La intervención del Estado en las relaciones socioeconómicas en la Carta Fundamental de 1920

Una de las principales manifestaciones de intervención económica del Estado fue la previsión de que el Estado podrá por ley tomar a su cargo o nacionalizar transportes terrestres, marítimos, aéreos u otros servicios públicos de propiedad particular, previo pago de la indemnización correspondiente (artículo 44)⁹⁸. Se reconoció la libertad

⁹⁷ Bullard (1990), criticando esta disposición —que se reiteró en el artículo 163 de la Constitución de 1979 que estableció que estas tierras son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de esta— sostuvo: «Podemos apreciar que nuestro derecho positivo actúa, en este caso de una manera completamente distinta a como los neoclásicos, y en general el modelo de derecho occidental moderno sugieren. Ni facilita la entrada de ciertos recursos al mercado ni actúa como mercado simulado. Por el contrario, se sustrae del mercado, lo niega como posibilidad, y establece una forma de propiedad vinculada, imponiendo como carga a la propiedad comunal la imposibilidad de transferirla libremente. Solo permite la transferencia luego de haber sido aprobada por una ley, y que esta sea propuesta por una mayoría calificada de la comunidad. Cabe preguntarnos entonces qué se encuentra tras todo este ‘extraño’ sistema y cómo es que resultan negadas las premisas básicas del modelo que venimos estudiando» (p. 352).

⁹⁸ Fue la primera Constitución peruana que previó la nacionalización de empresas, en la línea de la Constitución socialdemócrata de Weimar, Constitución alemana de 1919, de marcado signo transformador en el ordenamiento económico y social.

de industria y comercio sometida a los requisitos y a las garantías que para su ejercicio prescriban las leyes, las que podrán establecer o autorizar al gobierno para que fije las limitaciones y reservas en el ejercicio de las industrias, cuando así lo imponga la seguridad o necesidad pública (artículo 45) (Kresalja, 2004, p. 509).

Kresalja destaca el debate constituyente sobre la libertad de comercio e industria:

El debate sobre la libertad de industria y comercio fue de gran intensidad en la Asamblea Nacional, haciéndose referencia tanto al comercio exterior como al comercio interior así como al comportamiento comercial de las principales potencias. Intervinieron los representantes Rada y Gamio, Prado, Rodríguez y Osorio. Javier Prado insistió en que el derecho a la libertad de comercio e industria no era un derecho absoluto sino sometido a los requisitos, condiciones y garantías que establezcan las leyes y al interés general, reconociéndose que el Estado podría dictar leyes proteccionistas para las industrias nacionales. Posteriormente se ingresó un debate sobre la prohibición a los monopolios, también de gran intensidad, en el que intervinieron los representantes Secada, Prado, Rada y Gamio y Rodríguez, concluyéndose que debían prohibirse los monopolios privados pero no los estatales pues estos podrían establecerse por interés público y en beneficio directo y exclusivo de la Nación (Kresalja, 2009, p. 41).

Por su parte, el artículo 50 declaró la prohibición de los monopolios privados: «Se prohíben los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. Las leyes fijarán las penas para los contraventores. Solo el Estado puede establecer por ley monopolios y estancos en exclusivo interés nacional»⁹⁹.

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

Se dispuso que la ley determinará el interés máximo por los préstamos de dinero y la nulidad de todo pacto en contrario y serán penados los que contravengan este precepto (artículo 52). Se previeron las emergencias económicas, al establecer

⁹⁹ Gagliuffi (2006, p. 139) señala que el Estado contaba con el estanco o monopolio de productos que consideraba estratégicos, como los explosivos, el petróleo y sus derivados, la coca, así como el estanco de los naipes, el tabaco y los fósforos.

que en circunstancias extraordinarias de necesidad social se podrá dictar leyes o autorizar al Ejecutivo para que adopte providencias tendientes a abaratar los artículos de consumo para la subsistencia, sin que en ningún caso se pueda ordenar la apropiación de bienes sin la debida indemnización (artículo 57).

En suma, no cabe duda de que con la Carta de 1920 el contenido y los límites de los derechos de propiedad, así como de la libertad de industria y comercio, adquirieron connotaciones novedosas a nivel constitucional que cuestionan los principios más ortodoxos del liberalismo económico. Aun cuando los contenidos socioeconómicos se encuentran dispersos en la Constitución —como en los textos fundamentales precedentes—, se comienzan a perfilar a nivel de declaraciones programáticas las características de un futuro Estado social (Kresalja, 2004, p. 509).

Sin embargo, así como sucedió con el proceso del siglo XIX, el constitucionalismo social de la Carta Fundamental de 1920 tampoco modificó fundamentalmente las realidades de la vida peruana (Basadre, 1999, p. 2877). Más allá de la voluntad de sus autores se mantuvo el divorcio entre la ley y la realidad. Caída la dictadura modernizadora de Leguía, se inicia un nuevo proceso constituyente que culmina con la Constitución de 1933.

2.4. El sistema económico en la Carta Fundamental de 1933

A la caída de Leguía, la Junta Nacional de Gobierno que presidió David Samanez Ocampo designó el 7 de agosto de 1931 una comisión a la que se le encomendó elaborar un anteproyecto de Constitución. La comisión fue presidida por Manuel Vicente Villarán e integrada por Toribio Alayza Paz Soldán, Diómedes Arias Schreiber, Víctor Andrés Belaunde, Carlos García Gastañeta, José León Barandiarán, Ricardo Palma, Emilio Romero, César Antonio Ugarte y Luis E. Valcárcel. Basadre ha resalado el carácter progresista del anteproyecto de la Comisión Villarán, el que, por ejemplo, en su relevante exposición de motivos, formula el concepto de la reforma agraria para resolver el denominado problema del indio (p. 3259). El anteproyecto de la Comisión Villarán fue muy superior al texto de la Constitución peruana de 1933. Como señaló Valentín Paniagua: «El anteproyecto de la comisión Villarán fue un esfuerzo valioso que el Perú —país de oportunidades desperdiciadas— desaprovechó en 1933, aunque no del todo» (Paniagua, 2004, p. 451). El anteproyecto de la Comisión Villarán, resume Paniagua, sostenía en el capítulo dedicado a la vida económica que:

La civilización industrial, las nuevas formas de capital y del trabajo «han puesto en evidencia la necesidad de ampliar las funciones del Estado con el objeto de realizar aspiraciones de mayor justicia y mayor libertad para todos en el orden económico». Tal realidad, que se expresa en nuevas responsabilidades estatales frente

al trabajador o a la sociedad, aparece, a juicio de la Comisión, sintetizada en la fórmula general que establece que los principios que deben inspirar la vida económica (justicia y condiciones de existencia dignas del hombre), en los preceptos que comprometen al Estado en la protección de los derechos de los trabajadores, en la seguridad social, en la protección del derecho de libre asociación de los trabajadores, empresarios, individuos de raza indígena, etc. (Paniagua, 2004, p. 450).

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

La Carta Fundamental de 1933 introdujo innovaciones en materia del sistema monetario: la previsión de que la ley determina el sistema monetario de la República y que la emisión de billetes es privilegio del Estado, que ejerce mediante una institución bancaria central nacional encargada de la regulación de la moneda (artículo 12)¹⁰⁰; y el mandato al Estado de mantener por los medios que estén a su alcance la estabilidad de la moneda y la libre conversión del billete bancario (artículo 14).

Asimismo, la Carta Fundamental de 1933 en materia del derecho de propiedad ratificó una vez más que la propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística, y que a nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada¹⁰¹ (artículo 29).

¹⁰⁰ Esta innovación de la Constitución de 1933 fue resultado de la creación del Banco Central de Reserva en 1931 por el decreto ley 7137 de la Junta Nacional de Gobierno, constituida a la caída de Leguía, de acuerdo al proyecto propuesto por la misión presidida por el profesor Edwin W. Kemmerer para cooperar en la reforma monetaria y bancaria del Perú. Como señala Basadre, «La función principal del Banco Central debía ser la de mantener estable el valor de la moneda y proporcionar al país; en determinadas circunstancias, un aumento de crédito líquido, para dar a la circulación monetaria la necesaria flexibilidad en armonía con la demanda variable del comercio. Al recibir el Banco la facultad de emitir billetes convertibles, se retornó en el Perú (como ha escrito Carlos Camprubí Alcázar), después de casi setenta años, a la convertibilidad que hubo en este país, aunque otrora dentro de sistema diferente por la pluralidad de bancos privados de emisión y descuento» (Basadre, 1999, XII, p. 3155).

¹⁰¹ La ley 15242, de reforma constitucional de 1964, dictada para viabilizar el proceso de reforma agraria que se inició durante el primer régimen de Fernando Belaunde Terry (1963-1968), modificó el artículo 29 incorporando al interés social como causal de expropiación con el siguiente texto: «La propiedad es inviolable. A nadie se puede privar de la suya sino en virtud de mandato judicial o por causa de utilidad pública o de interés social, probada legalmente y previa indemnización justipreciada.

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

En el debate constitucional sobre el derecho de propiedad, Kresalja resume las intervenciones de los representantes socialistas Castro Pozo, Feijoo Reina y Arca Parró:

El representante Castro Pozo, al plantear la discusión sobre el carácter inviolable de la propiedad, fundamentalmente a la que tiene carácter material, se refiere al servicio que presta la propiedad intelectual a la colectividad: «no puede decirse que un libro desde el instante mismo que él es escrito pertenece a quien le escribió; ese libro se hace de la sociedad, ese libro sirve precisamente para todos aquellos que necesitan de él, para aprovechar de sus enseñanzas y cultivar su espíritu con el contenido de sus páginas». Otro representante socialista, Arca Parró, al criticar el texto de lo que terminó siendo el art. 29 de la Constitución de 1933 sobre propiedad, señaló que representaba la mentalidad máxima del conservadurismo y de un exacerbado individualismo. Estas posiciones fueron contestadas por el representante Gamarra, defendiendo la propiedad individual e indicando que no se trata de un derecho absoluto e ilimitado sino sujeto al interés social (Kresalja, 2009, p. 43).

Se declaró que la propiedad, cualquiera sea su propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y que se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan (artículo 31). Se previó la igualdad jurídica de los extranjeros y peruanos en cuanto a la propiedad, sin que en ningún caso se pueda invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas (artículo 32). Declaró que no son objeto de propiedad privada las cosas públicas, cuyo uso es de todos, como los ríos, lagos y caminos públicos (artículo 33). Estableció que la propiedad debe usarse en armonía con el interés social¹⁰² y que la ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad (artículo 34); declaró que la ley puede, por razones de interés nacional, establecer restricciones y prohibiciones especiales para la adquisición y transferencia de determinadas clases de propiedad, sea por su naturaleza, condición o situación en el territorio (artículo 35).

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

Se incluyó la previsión de medidas facultativas para que el Estado pueda, mediante ley, tomar a su cargo o nacionalizar servicios públicos como transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustres, aéreos u otros servicios públicos de propiedad privada

¹⁰² Cabe subrayar que es el primer texto constitucional que incorpora el concepto de función social de la propiedad, de origen weimariano, que legitima el inviolable derecho de propiedad fijándole límites por causas de interés general.

(artículo 38). Previó que cuando lo exija la seguridad o la necesidad pública, podrá la ley establecer limitaciones o reservas en el ejercicio de la libertad de comercio e industria, o autorizar al Poder Ejecutivo para que las establezca, sin que en ningún caso tales restricciones tengan carácter personal ni de confiscación (artículo 40). Cabe destacar la declaración de que el Estado percibirá parte de las utilidades de las empresas mineras, en el monto y la proporción que determinará necesariamente la ley (artículo 41).

Bajo el influjo programático del constitucionalismo social, se declaró que el Estado favorecerá la conservación y difusión de la mediana y la pequeña propiedad rural, y podrá, mediante una ley, y previa indemnización, expropiar tierras de dominio privado, especialmente las no explotadas, para subdividir las o para enajenarlas en las condiciones que fije la ley (artículo 47)¹⁰³. Se previó que en circunstancias extraordinarias de necesidad social, se pueden dictar leyes, o autorizar al Poder Ejecutivo para que adopte medidas tendientes a abaratar las subsistencias (artículo 49)¹⁰⁴.

Debe destacarse en el título VIII la creación del Consejo de Economía Nacional, previsto en el artículo 182, conformado por representantes de la población consumidora, el capital, el trabajo y las profesiones liberales. Fue propuesto en el Congreso Constituyente por Víctor Andrés Belaunde, independiente, pero pone de relieve la influencia de la propuesta del Partido Aprista sobre el denominado Congreso

¹⁰³ En 1963 se inició uno de los grandes debates constitucionales del siglo XX por la reforma agraria impulsada por el gobierno de Acción Popular y la Democracia Cristiana, con la resistencia de los grupos de poder económico calificados como oligárquicos. La ley 15242, de reforma constitucional del año 1964, modificó el artículo con el siguiente texto:

«El Estado favorecerá la conservación y difusión de la pequeña y mediana propiedad rural. La ley fijará la extensión máxima de tierra de que puede ser dueño una sola persona natural o jurídica, según el tipo de explotación a que la tierra se dedique y tomando en cuenta las peculiaridades demográficas, sociales y geográficas de cada zona o región, así como las condiciones naturales y técnicas de producción. El Estado dará el apoyo económico y técnico necesario para desarrollar la propiedad rural y los sistemas cooperativo y comunitario de explotación y comercialización».

¹⁰⁴ Gagliuffi indica que durante la vigencia de la Constitución peruana de 1933 se dictaron las siguientes normas sobre la libre competencia: (i) la ley 8951, de 3 de setiembre de 1939, que estableció un sistema de control de precios de los productos de primera necesidad y las subsistencias en general y prohibió prácticas restrictivas de la competencia como trusts, carteles, consorcios, convenios, alianzas y pactos, que impliquen el aumento de precios; (ii) La ley 9047, de 13 de enero de 1940, por la que el Congreso autorizó al Poder Ejecutivo para adoptar las medidas necesarias con el fin de conseguir la reducción de los precios de los productos, ya sea mediante la modificación de tarifas arancelarias u operaciones de crédito bancario, cuando lo exigieran circunstancias extraordinarias de necesidad social; (iii) La ley 10551, de 14 de abril de 1946, recogió la mayoría de los actos prohibidos en la ley 8951 y los tipificó como delitos, pero no el supuesto de concertación de trusts y carteles; y (iv) el Decreto ley 10906, de 3 de diciembre de 1948, que entre otras disposiciones, tipificó como delito todo «acto, convenio o pacto que tienda a elevar el precio de las subsistencias y los alquileres de las casas o departamentos que sirven de habitación» (Gagliuffi, 2006, pp. 140-141).

Económico Nacional (Pareja Paz Soldán, 1987, p. 207). Basadre calificó a ese artículo como «fantasma», porque nunca se dictó su ley de organización y funciones (Basadre, 1999, XIII, p. 3277)¹⁰⁵.

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

El Estado, al amparo de la Carta de 1933, iniciará un recorrido que lo convertirá en la década de 1970 en el titular de las actividades más importantes en el campo de la producción y la economía, con resultados muy dañinos para el bienestar general. Sin embargo, a pesar de su amplitud, esta carta no bastara para llevar adelante la que ha sido la más grande transformación económica en el Perú del Siglo XX: la encabezada —con resultados que hasta ahora motivan enconados debates— por el denominado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980) (Kresalja, 2004, p. 510).

3. EL RÉGIMEN ECONÓMICO EN LA CARTA FUNDAMENTAL DE 1979

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

Los más relevantes cambios en las relaciones socioeconómicas se producen recién en la década de 1970, periodo en que el Estado se transforma en el titular de las actividades más importantes en el campo de la producción y la economía, por obra de las Fuerzas Armadas que, encabezadas por el general Juan Velasco Alvarado dan un golpe de Estado al primer gobierno constitucional de Fernando Belaunde Terry. Las Fuerzas Armadas aprobaron lo que se denominó el «Estatuto del Gobierno Revolucionario», que si bien no era una norma de carácter constitucional fue ampliamente utilizada e invocada como justificativo para adoptar un conjunto de medidas en el ámbito económico como no había ocurrido antes en toda la etapa republicana. Tenía prelación sobre la Constitución de 1933 y facultaba al Gobierno Revolucionario de la Fuerza

¹⁰⁵ Cabe señalar que es una norma influida por el planteamiento aprista del Congreso Económico Nacional. Como señaló García Belaunde (1981), «la primera vez que aparece la noción de Congreso Económico Nacional en nuestra literatura política, es en el diario La Noche, de 30 de abril de 1930, en el cual se transcriben las declaraciones que desde Europa formulaba el gran líder del APRA, y que se reafirmaría en otro reportaje publicado en La Prensa de 18 de abril de 1931. Pero donde aparece con mayor nitidez, es en ese discurso magistral conocido como discurso-programa que Haya de la Torre pronuncia en la plaza de Acho el 25 de agosto de 1931» (pp. 143-144).

Armada a dictar decretos leyes sin limitación alguna. Se afectaron las estructuras de propiedad de los grupos de poder tradicional con una radical reforma agraria anti-latifundista, que había sido preconizada por los partidos políticos reformistas, pero nunca cumplida. Se amplió en forma hasta entonces desconocida el rol y la presencia del Estado en la economía, lo que llevó a la nacionalización de empresas y a reservar muy importantes áreas de la producción y del ámbito de los servicios, con resultados que a la postre resultaron negativos.

El Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada quiso transformar la estructura del Estado imprimiendo a sus actos un sentido nacionalista y populista, especialmente durante lo que se denominó su «primera fase», comandada por Velasco hasta agosto de 1975. En julio de 1974 llegó incluso a confiscar los principales medios de comunicación social bajo el pretexto de transferirlos a sectores sociales organizados. Durante ese periodo se instauraron muchos monopolios legales y tuvieron nacimiento numerosas empresas estatales en los ámbitos de la pesca, minería y petróleo, banca y seguros, cemento, entre otros, cuyos resultados fueron en general negativos y fuente de múltiples corruptelas. Además, dentro de una concepción de «democracia económica», en algunos sectores se estableció un obligatorio sistema de cogestión empresarial a través de las llamadas comunidades industriales, pesqueras, mineras, etcétera, que en la práctica no cumplieron su función de promover la cooperación en las relaciones entre el capital y el trabajo, actuando más bien como un segundo sindicato y desalentando fuertemente la inversión privada. Se creó una modalidad de empresas autogestionarias denominadas «empresas de propiedad social», inspiradas en el modelo del socialismo yugoslavo, que constituyeron una ilusión para los trabajadores, pero sin arraigo en la realidad. En 1980, al término de la Segunda Fase del gobierno militar, comandada por el general Francisco Morales Bermúdez —que significó en realidad el fin del ímpetu revolucionario—, existían más de 150 empresas públicas que tenían una influencia muy importante en la generación del PBI y en la vida política, económica y social del país.

Más allá del balance definitivo que está aún por hacerse, no se puede dejar de decir que el gobierno militar fue un régimen autoritario que no permitió las libertades de información y opinión, careció de organización popular y no sentó las bases para sacar al país de la pobreza ni transformar profundamente el mapa social de la Nación. En el ámbito económico, sus efectos fueron más bien negativos. Sin embargo, derrumbó la estructura del poder económico tradicional y permitió encauzar el desborde popular descrito por Matos Mar (1984), al desembalsar un conjunto de presiones sociales impulsadas por nuevos actores que habrían de obtener espacios políticos y económicos en las décadas posteriores.

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

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

Para salir de la difícil situación en que encontraba el país al final el régimen militar, enfrentado a una fuerte movilización sindical y popular alentada por grupos de extrema izquierda, y debido al desgaste generado por la crisis económica que se desata en 1976, se convocó a elecciones para una Asamblea Constituyente que aprobó la Carta de 1979, la primera que reconoce efectivamente el derecho a sufragio universal, al incluir el derecho al voto de los analfabetos. Esta Carta expresa un momentáneo consenso del posvelasquismo y es superior formal y estructuralmente a las anteriores. Entró en vigencia en 1980 con el segundo gobierno democrático de Fernando Belaunde Terry.

En esa Asamblea tuvo lugar el primer debate en profundidad que en materia de constitucionalismo económico se haya dado en el Perú, con la presencia de posiciones marcadamente socialistas, de una amplia gama de partidos de izquierda marxista y no marxista. Así, los grupos más importantes que estuvieron representados fueron el Partido Aprista Peruano, de ideología socialdemócrata bajo el liderazgo de su líder y fundador Víctor Raúl Haya de la Torre; el Partido Popular Cristiano, encabezado por el socialcristiano conservador Luis Bedoya Reyes; y una diversidad de partidos a la izquierda, desde el socialcristianismo hasta la extrema izquierda maoísta y trotskista. En las izquierdas, destacaron en el debate constitucional Héctor Cornejo Chávez, por el Partido Demócrata Cristiano, Alberto Ruiz-Eldregde, por el Partido Socialista Revolucionario y Carlos Malpica Silva Santistevan, por la Unidad Democrático Popular.

Si bien el Partido Aprista y el Partido Popular Cristiano conformaron una mayoría que permitió elegir como presidente de la Asamblea Constituyente a Víctor Raúl Haya de la Torre, el régimen económico fue fruto de una concertación entre estos dos últimos partidos, que no desmontó las reformas estructurales e iniciativas del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada en lo socioeconómico y, en cierta

medida, las afianzó, tratándoles de dar un contenido democrático dentro de un Estado constitucional. En la parte referida al contenido económico las voces dominantes correspondieron a los socialcristianos Ernesto Alayza y Mario Polar, que introdujeron el concepto de economía social de mercado. Sin embargo, la mejor calificación al íntegro del contenido económico constitucional fue el de «economía mixta de planificación concertada» (Sánchez Albavera, 1989, p. 75), modelo de planificación que fue sustentado por el constituyente aprista Luis Rodríguez Vildósola. En suma, ningún anterior texto constitucional el Estado había tenido tantas y tan expresas potestades de intervención en las relaciones económicas.

La Carta Fundamental de 1979 fue la primera en desarrollar una constitución económica formal, esto es, sistematizada en el título III dedicado al «Régimen Económico». Es el primer texto fundamental peruano en incluir en forma sistemática un numeroso articulado en el cual se establecen las reglas de juego de la actividad económica desarrollada por el Estado y los particulares dentro de una concepción de Estado social potenciadamente intervencionista. En esa dirección, incluyó por primera vez una definición del sistema económico constitucionalizado en el artículo 115: la economía social de mercado.

A nuestro juicio, se puede inferir algunos criterios de materialización de la función social de la libre iniciativa y del principio sobre el cual se desarrolla: el derecho de propiedad privada. Así, Font sostiene que la materialización de tales criterios se puede lograr vía el análisis y reconocimiento constitucional de determinados intereses cuya promoción y tutela es encomendada a los poderes del Estado. De este modo, estos criterios están señalados por el reconocimiento y tutela de intereses sociales concretos, que se expresan como exigencias sociales y por la subordinación de la titularidad de los medios de producción y el ejercicio de la libre iniciativa a estas exigencias sociales. En esta línea, proponemos deducir los criterios de configuración del interés social, de modo que le den una definición técnico-jurídica, mediante el análisis de las exigencias socio-económicas de desarrollo establecidas en el artículo 110° (el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo, la distribución equitativa del ingreso, el fomento de los diversos sectores de la producción y la defensa del interés de los consumidores) y de las diversas exigencias sociales establecidas en el Título III («Del Régimen Económico»). De este modo, el Estado no puede interpretar el «interés social» conforme a la concepción política o a la ideología del gobierno de turno, sino mediante los criterios mencionados anteriormente. Asimismo, estos criterios materializadores de la función social, constituyen aquellos lineamientos de la acción reguladora del Estado, bases de un consenso constitucional para alcanzar el uso social del excedente en términos de Prebisch.

Economía y Constitución: la influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979

César Ochoa Cardich

Esta declaración fue criticada en aquel periodo por su supuesta influencia neocapitalista. Así, en su momento, Bernal y Rubio consideraron que el sistema económico constitucionalizado beneficiaba centralmente al capital extranjero, que secundariamente beneficia a los sectores intermedios (y minoritarios dentro del país), que impide el control del Estado y la promoción de un verdadero desarrollo del país como conjunto frente a los países desarrollados. Por las limitaciones financieras que el mismo modelo impone, concluyeron, «es más una economía de mercado que una economía social de mercado» (Rubio Correa & Bernal, 1981, p. 452).

El texto original del artículo 115, que proponía un sistema de economía de mercado, fue objeto de intensas polémicas en el debate en la Asamblea Constituyente de 1978. Así, para Alayza Grundy, ideólogo del Partido Popular Cristiano: «Es un principio que se encuentra en todas las economías democráticas del mundo. En la reciente Constitución de España, aprobada el año pasado, se proclama este mismo principio en forma rotunda que no deja lugar a dudas sobre el particular» (Asamblea Constituyente de 1978, VI, p. 387).

Como hemos antes anotado, las izquierdas estuvieron muy fragmentadas e ideologizadas, pero tuvieron una representación numéricamente significativa en la Asamblea de 1978. Para Antonio Meza Cuadra, constituyente del Partido Socialista Revolucionario, se establecía «un sistema anárquico de producción basada solamente en la posibilidad de mayor lucro y no en producir lo que el pueblo necesita» (p. 390).

El constituyente Saturnino Paredes, dirigente del maoísta Partido Comunista Peruano-Bandera Roja dijo: «No se puede hablar de justicia social cuando una constitución como la que estamos aprobando, permite la explotación del hombre por el hombre, sanciona la permanencia de la empresa privada y de la economía de mercado que significa la explotación más brutal del hombre por el hombre» (p. 391).

El grupo constituyente de Unidad Democrático Popular, marxista heterodoxo, sostuvo en palabras de Carlos Malpica: «Es una teoría caduca y no conveniente para el pueblo peruano» (p. 397).

Ante las críticas de la izquierda y extrema izquierda, el texto del artículo fue modificado introduciendo el componente «social» de inspiración alemana, el cual fue explicado por el constituyente Torres Vallejo del Partido Aprista Peruano: «Frecuentemente lo relacionamos con el imperialismo, pero nos guste o no, la iniciativa privada es libre y actúa en una economía social de mercado; nótese que es economía social y no libre de mercado, por eso este artículo establece su armonización con el interés público» (p. 419).

Cabe citar en este debate al constituyente de la Democracia Cristiana Héctor Cornejo Chávez, quien desde la perspectiva del pensamiento socialcristiano criticó al neoliberalismo:

Pues bien, ¿qué dicen del neoliberalismo los representantes auténticos del pensamiento social cristiano? Una vez más Pablo VI en *Octogésima Adveniens*: «Se asiste a una renovación de la ideología liberal. Los cristianos que se comprometen con esta línea querrían un modelo nuevo más adaptado a las condiciones actuales olvidando fácilmente que en su raíz misma el liberalismo filosófico es una afirmación errónea de la autonomía del individuo en su actividad». Es decir que desde esa altura nos viene una voz de alerta frente al neoliberalismo, cuando aludiendo a quienes pretenden revivir la clásica idea del liberalismo dice que entraña una afirmación errónea en su propia raíz filosófica (Asamblea Constituyente de 1978, VII, p. 20-21).

Estas citas muestran parcialmente las diferentes opciones políticas y económicas que dieron vida al intenso debate constitucional. Vale la pena recordar que la mayoría impuso, con acertado criterio en nuestra opinión, el principio de economía social de mercado que posteriormente ha tenido acogida multipartidaria y que inclusive se mantiene en la constitución vigente.

Ahora bien, el concepto de «economía social de mercado» no surge directamente de la declaración contenida en el artículo 115, sino de la interpretación del conjunto de principios que caracterizan el modelo constitucional, los derechos que se asignan a los participantes de la actividad económica, las limitaciones que restringen estos derechos y la acción reguladora del Estado. Para descifrar el componente social del sistema económico debemos recurrir al concepto de Estado social de derecho.

En ese sentido, el concepto alemán *Sozialer Rechtsstaat* (Estado social) no se concibe desde un punto de vista formal —que como se sabe es rasgo del Estado liberal de derecho—, sino que ha de entenderse en sentido material (Lucas Verdú, 1955, p. 68). Creemos que el constituyente de 1978 asumió el carácter «social» del sistema económico en concordancia con los principios y normas del constitucionalismo social que conforman el conjunto de la Carta Fundamental¹⁰⁶.

¹⁰⁶ La Constitución peruana de 1979 se incorporó a esta corriente de constitucionalización del Estado social, como se aprecia en el contenido de su artículo 4 que incluyó entre los derechos fundamentales aquellos que se derivan del «Estado social y democrático de derecho», así como del artículo 79 que define al Perú como «República democrática y social». Es evidente el antecedente de estas declaraciones: el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 que proclama que España: «se constituye en un Estado social y democrático de derecho». Es interesante destacar que, como señala García Pelayo (1985, pp. 13 ss.), se distinguen dos acepciones de Estado social de derecho: una que limita la acción del Estado a asegurar un mínimo de supervivencia a todos los ciudadanos y otra que siguiendo la tradición del Estado social weimariano se proyecta a la transformación de las relaciones socioeconómicas en la dirección del socialismo democrático. Al margen de este debate la declaración del Estado social en el texto fundamental de 1979 está inspirada en un humanismo eminentemente socializante. La interpretación en esta dirección se refuerza por la lectura del Preámbulo, que declara la intención de los constituyentes de «promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores, exenta de toda discriminación

En ese orden de ideas, la Constitución de 1979 en su artículo 110 y en diversas normas dispersas en el título III («Del Régimen Económico») proclamó un conjunto de fines sociales del Estado desarrollista en la línea del optimismo del Consenso poskeynesiano y de la CEPAL: el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo, la distribución equitativa, el fomento de los diversos sectores de la producción y la defensa del interés de los consumidores. En ese sentido, Ochoa Cardich propuso, a partir de estos fines sociales, deducir los criterios de configuración del interés social, de modo que le den una definición técnico-jurídica y confieran un horizonte de eficiencia social al mercado (Ochoa Cardich, 1987, p. 644)¹⁰⁷.

3.2. Otros principios del régimen económico

En materia de iniciativa empresarial pública y privada, la Constitución económica de 1979 previó dos normas que son fundamentales: la del artículo 112, que mientras afirmaba el pluralismo económico reconocía el principio de igualdad jurídica entre los competidores; y la del artículo 114, que previó la facultad del Estado de reservarse actividades productivas o de servicios.

El principio de igualdad jurídica de los competidores de las diversas modalidades de propiedad y empresa estuvo explicitado con el concepto de «pluralismo económico». Así, declaró: «El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características».

por razones de sexo, raza, credo o condición social, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía». Asimismo, el primer párrafo del artículo 110 declaró que: «El régimen económico se fundamenta en los principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana». Estas declaraciones programáticas de constitucionalización del Estado social y democrático de derecho constituyeron criterios de interpretación del ordenamiento económico fundamental, siendo por ello suprimidas en la Carta fujimorista de 1993. Siguiendo esta línea de interpretación constitucional la declaración del artículo 115 de la Constitución peruana de 1979 fue matizada por los principios y valores del Estado social y democrático de derecho para interpretarse como una economía de mercado socializada.

¹⁰⁷ A este respecto, el Instituto Apoyo en su documento titulado *La reforma de los contenidos económicos de la Constitución de 1979* (1992), propuso la eliminación del concepto jurídico «interés social» del texto de la Constitución, citando las potencialidades del concepto de interés social desarrolladas en *Economía y Constitución: la influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979*. Esta posición fue asumida por la mayoría del denominado Congreso Constituyente Democrático, que eliminó el concepto «interés social» del texto de la Carta de 1993. Solo quedó en el artículo 28.3 como límite al derecho de huelga.

La referencia a las empresas autogestionarias aludía a las denominadas «empresas de propiedad social» promovidas durante el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada.

La reserva al sector público de actividades económicas en la Carta de 1979 constituía un instrumento al que el Estado podía recurrir, siempre que se acuerde por ley y en el debate parlamentario se verifique la presencia de los presupuestos definidos en el artículo 114 de la Norma Suprema: las causas de interés social y seguridad nacional. Como sabemos, la facultad de establecer reservas ya estaba consignada en las cartas de 1920 y 1933. Mediante la reserva se sustrae una determinada actividad de su realización del sector privado, constituyendo un título de potestad intenso sobre la actividad o sector de que se trate, aunque puede ser compatible con una gestión posterior basada en la iniciativa privada, mediante la concesión, por ejemplo.

Dice Duque, refiriéndose a esta materia, que «la iniciativa económica pública adquiere así un campo de actuación autónomo respecto al ocupado por la privada. Es un campo delimitado por la exigencia de realizar el interés público, justificada y mantenida por este interés, apreciado a través del debate público entre las fuerzas políticas que, en cada momento, ocupan la escena política y controlada, así mismo por estas mismas fuerzas en el ámbito en que la iniciativa pública desarrolle su actividad económica» (Duque, 1977, pp. 71-72).

Se considera que la reserva es de carácter técnico, a diferencia del concepto de «nacionalización»¹⁰⁸, que genera mayores controversias ideológicas. Lo cierto es que pese a su supuesta asepsia ideológica apunta a un fenómeno jurídico paralelo a las nacionalizaciones (Duque, 1977, p. 72; Kresalja, 2001, p. 287). En rigor, la reserva no se proyecta a la titularidad del derecho de propiedad (ello implicaría necesariamente una expropiación), sino que supone la prohibición o la pérdida de la legitimidad

¹⁰⁸ El concepto de «nacionalización» es muy controvertido por sus connotaciones ideológicas. Después de la segunda guerra mundial fue reconocido en el artículo 34 de la Constitución francesa de 1958 y en el Preámbulo de la Constitución de 1946. Como precisa, Bassols (1988): la nacionalización implica «la transferencia en favor de la colectividad —representada o personificada en la Nación— de sectores de actividad o bienes económicos privados que pasan a ser objeto de propiedad pública o publicados y, eventualmente, gestionados por entes públicos con la finalidad de excluirlos, por razones de interés público, de la gestión privada capitalista» (pp. 174-175). Cabe señalar que en esa década, la Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el sexto periodo extraordinario de sesiones-mayo 1974, declaró como principio del Nuevo Orden Económico Internacional a: «La plena soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales y todas sus actividades económicas. A fin de salvaguardar esos recursos, todo Estado tiene derecho a ejercer un control efectivo ellos y su explotación, con medios ajustados a su propia situación, incluso el derecho de nacionalización o transferencia de la propiedad a sus nacionales, siendo este derecho una expresión de la plena soberanía permanente del Estado. No se puede someter a ningún Estado a ningún tipo de coerción económica, política o de otra índole para impedir el libre y pleno ejercicio de este derecho inalienable».

para el ejercicio de la libertad de empresa en un determinado sector o campo de la actividad económica.

Cuando la reserva afecta actividades que venían siendo explotadas por la iniciativa privada, entonces legitima la adopción de diversas medidas de reestructuración jurídica de la actividad reservada que no conlleva necesariamente la expropiación de sus bienes y titularidades: conversión del libre ejercicio de la empresa en concesionarios, constitución forzosa de una sociedad mixta, intervención de la empresa, entre otras medidas¹⁰⁹.

Durante la vigencia de la Carta de 1979 se debatió si la reserva estatal de actividades productivas o de servicios es incompatible con el principio del pluralismo económico. A nuestro juicio, el argumento de que el monopolio estatal y las reservas para el sector público vulneran el pluralismo económico no tenía sustento en función de la interpretación del texto constitucional de 1979. Como señala Predieri, comentando el tema respecto a la Constitución italiana de 1947, nada excluye que en cualquier campo el poder público pueda ser propietario y empresario en posición de competencia, además de estar en situación de monopolio legal o titular de actividades reservadas en función del artículo 43 (Predieri, 1977, p. 26).

En suma, la reserva para el Estado de actividades productivas o de servicios no contradujo ni negaba el principio de pluralismo económico, reconocido en el artículo 112 de la Constitución de 1979, pues tal pluralismo está referido al conjunto del sistema económico y no implica que debe regir en todos los sectores que lo conforman (García Belaunde, 1987, p. 11)¹¹⁰. Empero las reservas sí pueden distorsionar el sistema de economía de mercado al constituir una negación de la libertad de empresa (Ariño Ortiz, 2004, p. 461), lo que por cierto en buena medida ocurrió en el Perú durante las décadas de 1970 y 1980.

¹⁰⁹ Ariño Ortiz, comentando la reserva en el sistema constitucional español, dice: «Reservas y nacionalizaciones no son conceptos coincidentes, aunque sí próximos. No toda reserva lleva consigo necesariamente transferencia de propiedad de los medios de producción al titular de la actividad, que es la esencia de las nacionalizaciones. La declaración de servicio público (reserva al estado de la titularidad), con posterior gestión indirecta del mismo, no entraña nacionalización alguna [...] La reserva es una operación jurídica más aséptica y su alcance último puede ser diferente, según como se instrumente la posterior gestión. Con la reserva se trata sencillamente de constituir un título de potestad particularmente intenso sobre la actividad o sector de que se trate, que es compatible con una gestión posterior basada en la iniciativa privada» (Ariño Ortiz, 2004, pp. 449-450).

¹¹⁰ Cabe anotar que el tema fue objeto de uno de los pocos debates nacionales de carácter constitucional en las últimas décadas (García Belaunde, 1987, p. 2). En ese mismo orden de ideas, Kresalja (2001, p. 291) precisó: «Aunque la Constitución de 1979 mantuvo una prohibición contra los monopolios privados introduciendo disposiciones específicas para el sector financiero y los medios de comunicación, la posibilidad que el Estado imponga monopolios legales solo quedó prohibida respecto a estos últimos».

Creemos que al anularse la competencia se impide el desarrollo de los mercados orientados al bienestar del consumidor, sustituyéndolos por mercados de funcionamiento distorsionado, orientados en función de intereses políticos. Para entender los riesgos de intentar controlar el poder económico siguiendo concepciones políticas favorables a una fuerte intervención del Estado, debemos recordar que al pretenderse controlar el excesivo poder de las oligarquías económicas, termina desplazándose dicho poder a otras oligarquías más peligrosas, que reúnen en sus manos tanto el poder político como el económico y cuyo control por la sociedad resulta aún más difícil. El cuestionamiento de los monopolios legales como la crisis de la empresa pública, la cual alcanzó alturas insostenibles en el gobierno aprista de 1985-1990 son algunos de los antecedentes más notables que impulsaron la modificación de la Constitución económica en 1993.

La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las constituciones de 1979 y 1993
Baldo Kresalja

Asimismo, en su artículo 133 proclamó la prohibición de los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. Esta declaración del texto constitucional parecía asumir el modelo teórico de la competencia perfecta o pura, cuando la realidad es de una competencia imperfecta o monopolística, un modelo de competencia en que han penetrado diversos componentes monopolísticos. Sin embargo, la parte final del artículo matizó esta declaración al precisar que «La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes».

En su artículo 111 la Carta de 1979 asumió la tarea de formular la política mediante planes que regulaban la actividad el sector público y que, una vez concertados, resultaban obligatorios para la actividad privada. Tratándose del sector privado la planificación requería una concertación previa para ser vinculante. En consecuencia, no constituyó un modelo de planificación centralizada sino democrática, que podría tal vez ser compatible con un régimen económico de economía social de mercado.

Uno de los principios más relevantes de la Carta de 1979 respecto a la inversión extranjera es la excepción a la regla de la jurisdicción nacional contenida en el artículo 136 que estableció que, además del caso de los contratos de carácter financiero, el Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios de los cuales es parte el Perú¹¹¹.

¹¹¹ Esta disposición partió de reconocer en su primera parte que «las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros

El artículo 137 de la Constitución de 1979 estableció que el Estado autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea como complementarias de las nacionales, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional, y contribuyan al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración.

Otra de las innovaciones más relevantes del Régimen Económico de la Carta de 1979 es el régimen jurídico del BCR en un capítulo especial que le aseguró un régimen de autonomía, que constituía uno de los pilares de la economía social de mercado, sustentada por el Partido Popular Cristiano (PPC). En el debate constitucional se criticó este régimen especial con el argumento de que la política monetaria es susceptible de continuos cambios de acuerdo a la programación política del Gobierno. Alayza Grundy del PPC sostuvo que el modelo de autonomía se basaba en el banco central alemán y para resaltar su importancia afirmó que la defensa de la estabilidad monetaria debía ser la «estrella que guía la navegación del Banco Central» (Asamblea Constituyente de 1978, VII, p. 55)¹¹².

3.3. A modo de conclusión

La Asamblea Constituyente de 1978 tuvo una composición política e ideológica expresada en tres grupos principales: el primero de ellos estuvo compuesto por el APRA, expresión social-demócrata, que constituyó la primera mayoría; el Partido Popular Cristiano, de tendencia socialcristiana y promotor de la economía social de mercado; y un conjunto de partidos de izquierda, algunos de ellos muy radicalizados, dentro de los que se encontraban los defensores de las reformas del gobierno militar de Juan Velasco Alvarado. Desde el punto de vista de la constitución económica, los representantes del APRA y del Partido Popular Cristiano llegaron a un acuerdo sobre puntos esenciales, pero aceptaron implícitamente e incluso consolidaron, en determinados aspectos, el modelo que había promovido y llevado adelante el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada.

celebre el Estado o las personas de derecho público o en las concesiones que se les otorgan deben constar el sometimiento expreso de aquellos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática». De este modo, la norma constitucional consagró como regla general el sometimiento a la ley y jurisdicción nacional, siguiendo el antecedente previsto en el artículo 17 de la Constitución de 1933 y la denominada «Doctrina Calvo», por la cual se obligaba al inversionista extranjero a renunciar a la protección diplomática para toda reclamación derivada de sus relaciones contractuales, así como a recibir el mismo tratamiento de los nacionales del Estado receptor de la inversión.

¹¹² En el debate, Alberto Ruiz-Eldregde, constituyente del Partido Socialista Revolucionario (PSR), llegó a calificar al Banco Central de Reserva como un «superpoder» del Estado (Asamblea Constituyente Democrática de 1978, VII, p. 34).

Puede decirse que con la Asamblea Constituyente de 1978 se inicia el debate en profundidad sobre el constitucionalismo económico en el Perú, y así puede comprobarse en los registros. El desarrollo del régimen económico constitucional fue muy ambicioso. Algunas de sus disposiciones deben juzgarse a la luz de las declaraciones programáticas que configuran el denominado Estado social y democrático de derecho, y representaron un compromiso tardío a construir un Estado de bienestar, pero sin la cultura política y los recursos económicos propios de países más desarrollados. Es por ello que se ha señalado que no se sabe si fue por convicción, por ingenuidad o por evasión que la mayoría de los constituyentes adoptaron ese modelo, pero de lo que no cabe duda es que su letra estuvo lejos de la realidad (Kresalja, 2001a, p. 290) y no pudieron superar pesadas cargas del pasado.

Según la Constitución de 1979, el Estado estaba encargado de formular la política económica mediante planes que regulan la actividad del sector público y que si se concertaban resultaban también obligatorios para la actividad privada. Reconoce del pluralismo económico, lo que permitía la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Proclamó, en lo que representa uno de sus principales aportes, un régimen de economía social de mercado, en el que la libre iniciativa privada debía ser reglamentada por el Estado con la finalidad de armonizar su ejercicio con el interés social. A pesar de esa proclamación, la Constitución de 1979 consagró al Estado como empresario y como interventor en la vida económica por causa de necesidad nacional, y se mantuvieron los principios que inspiraron a las constituciones de 1920 y 1933, contrarios a los monopolios privados y favorables a las reservas estatales de actividades económicas. El Estado podía intervenir en la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario y se reservaba el derecho de autorizar, registrar y supervisar la inversión extranjera. El Estado podía, asimismo, imponer monopolios legales con la sola excepción de los medios de comunicación social. De este breve enunciado de algunas de sus características, puede afirmarse que el Estado nunca antes había tenido tantas y tan expresas potestades en algún texto constitucional. El sistema que adoptó la Constitución de 1979 fue correctamente calificado como el de una «economía mixta de planificación concertada».

Si bien es cierto que la Asamblea Constituyente de 1978 tuvo limitaciones en su composición, por cuanto sectores representativos de la clase política, empresarial y de la intelectualidad no estuvieron representados,

La mayoría coincidió en conceptos esenciales tales como la primacía de la persona humana, la justicia como un valor primario de la vida en comunidad y en la necesidad de promover una sociedad sin explotados ni explotadores, en donde la economía esté al servicio del hombre y no del hombre al servicio de la economía. Así lo señala —entre otros importantes conceptos— su magnífico Preámbulo.

Es con esta Constitución del 1979 que se inicia la configuración de una constitución económica sistematizada y orgánica, mediante la recepción tardía de un Estado social de derecho, lo que puede apreciarse tanto en los debates constituyentes como en su articulado (Kresalja, 2001b, p. 139).

Sin embargo, no puede dejarse de señalar que al otorgar al Estado facultades tan amplias de intervención en la vida económica, potencialmente desvirtuó las características de un sistema de economía basado fundamentalmente en el mercado.

CAPÍTULO 8

ANTECEDENTES Y EL DEBATE CONSTITUCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA DE 1993

1. EL SURGIMIENTO DEL NEOLIBERALISMO EN EL PERÚ

La prolongada crisis del periodo 1963-1990, que comprende los dos gobiernos de Belaunde (1963-1968; 1980-1985), el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980) y el primer gobierno de Alan García Pérez (1985-1990), evidenció la inviabilidad del modelo de industrialización por sustitución de importaciones cuando se produjo una crisis cíclica en la balanza comercial, que afectaba seriamente la estabilidad macroeconómica. Diversas causas se han dado para explicar la frustración de ese modelo, que en el Perú se aplicó tardía y solo parcialmente, pero poca duda cabe de que su continuidad no podía sostenerse en el tiempo sin provocar desequilibrios que obligaban a adoptar políticas correctivas radicales. Por cierto, ese aspecto era solo uno de los que contribuían a la crisis, la que tenía otros componentes, tanto en el ámbito de la producción como de los servicios básicos de educación y salud, monto y servicio de la deuda externa, y en forma muy intensa en una insuficiente infraestructura física (puertos, aeropuertos, carreteras, interconexión eléctrica, telefonía, etc.), a lo que se sumaban la hiperinflación y los gravísimos problemas del conflicto armado interno iniciado en 1980.

En el Perú, el modelo económico desde 1968 era el de un Estado intervencionista, gestor directo, empresario y controlista, con peso definitivo en la economía, con la presencia de grupos sociales dispuestos a defender su cuota de poder como consecuencia de su gestión (Pease, H., 1977, p. 214). En 1985 se inicia la fase terminal de la crisis del Estado intervencionista al asumir el gobierno el Partido Aprista Peruano, bajo el liderazgo de Alan García Pérez, con un programa «nacionalista, democrático y popular». Es un periodo de acentuación del presidencialismo en lo político, en tanto que la política económica —denominada «heterodoxa»— consumió aceleradamente las reservas internacionales, mientras que externamente el país

se aislaba de los organismos multilaterales por la política de García de limitar el pago de la deuda externa. Es así que la hiperinflación desatada en ese periodo es una de las más altas y prolongadas de la historia económica mundial.

El primer gobierno de García se caracterizó por graves denuncias de corrupción, como resalta el historiador Alfonso W. Quiroz:

Los escándalos de corrupción comenzaron salir a la luz tras la fallida nacionalización de la banca en 1987, que convenció a un importante sector de la élite y de los medios de masas de oponerse a las inconsistencias, políticas contradictorias y traiciones de García. Dionisio Romero, uno de los banqueros más ricos e influyentes del Perú, declaró en canal 5 de televisión que él había contribuido al financiamiento de la campaña electoral de Alan García. El depósito irregular de las decrecientes reservas del BCR en el Banco de Crédito y Comercio Internacional (BCCI), que estaban en problemas y que era culpable de lavado de dinero y de otras prácticas ilegales en el ámbito global, captó la atención de la creciente oposición. [...] El desastroso desempeño económico que condujo a tasas de inflación de cuatro dígitos y a una caída del 14 por ciento del PBI incrementó la presión contra el régimen aprista en el poder. Las obras públicas fallidas o ineficientes como el costoso tren eléctrico, anunciado como la solución al problema del transporte de Lima, y el proyecto de irrigación de Chavimochic, en la región norte, pasaron a ser símbolos icónicos de la corrupción (Quiroz, 2013, pp. 429-430).

En ese contexto, el gobierno aprista de García Pérez protagonizó en 1987 un intento frustrado de nacionalización del sistema bancario, financiero y de seguros, que enfrentó fuerte oposición no solo de los grupos de poder económico, sino de diversos sectores de la sociedad civil que afirmaron que se trataba de una medida inconstitucional. En su mensaje al Congreso del 28 de julio de 1987, García Pérez anunció la presentación de un proyecto de ley para nacionalizar la banca, las empresas financieras y de seguros. Mientras el proyecto se debatía, se dispuso mediante decreto supremo, al amparo del inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, la intervención de las mencionadas empresas mediante comités de administración, suspendiendo el ejercicio de las competencias de los directorios y juntas de accionistas¹¹³. Estas medidas, que no fueron parte del programa de gobierno anunciado en 1985, desataron uno de los grandes debates nacionales de carácter constitucional en la historia republicana del Perú. En el marco de la Carta Fundamental de 1979 era jurídicamente viable la nacionalización del sistema financiero, por cuanto el mencionado artículo 114 de la Constitución habilitaba al Estado a la reserva de actividades

¹¹³ Se consideraba por la práctica constitucional en el marco de la Constitución de 1979 a los referidos decretos supremos como decretos con fuerza de ley o como decretos de urgencia, como los reconoce actualmente la Constitución de 1993.

de servicios. Como sostuvo García Belaunde, el monopolio estatal del sistema financiero no estuvo prohibido constitucionalmente (1987, p. 10). Es interesante anotar que la ley aprobada con esa finalidad declaró a la actividad bancaria, financiera y de seguros como de «servicio público» definición que no tenía precedente jurídico alguno en nuestro ordenamiento¹¹⁴.

Una de las consecuencias de ese debate constitucional fue el surgimiento por primera vez de un pensamiento neoliberal en el Perú como alternativa de gobierno, que cuestionó radicalmente al Estado intervencionista predominante en el Perú desde 1968, al que calificó de mercantilista. Mientras en los países anglosajones el neoliberalismo ha centrado su crítica radical en el Estado de bienestar que impulsó la socialdemocracia, en el Perú el discurso neoliberal se dirige a demoler al Estado intervencionista, que es señalado como la causa principal de la crisis histórica del Perú. 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 escritor Mario Vargas Llosa y el economista Hernando de Soto, fundador del Instituto Libertad y Democracia y autor de *El otro Sendero*. En el caso de Vargas Llosa dio lugar a la fundación del Movimiento Libertad, organización política liberal que lanzó su candidatura a la Presidencia de la República en 1990.

El discurso liberal de Vargas Llosa sostuvo como paradigmas a Hong Kong y Singapur:

Hay ejemplos tan evidentes que ciegan a quien quiere verlos. El caso de los países de la cuenca del Pacífico, por ejemplo países como Singapur o como Hong-Kong, quizá sea el más extraordinario: países pequeños, países ínfimos, países superatesados, que carecen totalmente de recursos, que un día se decidieron a aprovechar esa internacionalización de la vida, de los mercados, que se abrieron enteramente al mundo, que crearon unas posibilidades para que la iniciativa individual se ejerciera sin límites, que crearon unas economías de mercado genuinas, y que, gracias a ello, en plazos relativamente pequeños, han alcanzado una prosperidad extraordinaria, y que hoy día incluso compiten con los países más poderosos de la tierra en ciertos mercados. Creo que son ejemplos contundentes, evidentes, de cómo hoy día, al igual que los individuos, las naciones pueden también elegir no solo la libertad, sino también la prosperidad. Pero, al mismo tiempo, esa libertad y esa prosperidad, si no se defienden, si no se mantienen a través de una vigilancia permanente, pueden también desplomarse y desaparecer (Vargas Llosa, 1993, p. 228).

¹¹⁴ Cabe señalar como antecedente la expropiación bancaria en México en 1982, que dio lugar en noviembre de dicho año a una reforma constitucional del párrafo quinto del artículo 28 que sujetó el ejercicio de la banca a un régimen de servicio público cuya prestación correspondió exclusivamente al Estado. Sobre el tema, ver Borja Martínez, 1985.

El diagnóstico neoliberal afirmaba que la crisis del Estado obedecía al modelo intervencionista, cuya raíz histórica eran las prácticas para favorecer a aquellos que se encontraban cerca del poder político, mediante decisiones que no respondían a un plan de desarrollo nacional, sino que eran respuesta a demandas de determinados sectores, escogidos por razones de coyuntura o influencia económica, política o familiar. 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 y el florecimiento y expansión de las energías populares dispuestas a impulsar el desarrollo capitalista y la democracia (Cotler & Grompone, 2000, p. 22).

La candidatura de Vargas Llosa en la alianza electoral Frente Democrático-FREDEMO, quien de manera transparente y honesta ofreció la aplicación de un programa de gobierno monetarista, fue derrotada sorpresivamente en las elecciones de 1990 por el primer *outsider* de la política latinoamericana: Alberto Fujimori Fujimori. La elección de Fujimori, según Degregori (1991), fue el rostro de una nueva modernidad nacional encarnada por los informales y de una transformación de fondo de la sociedad peruana (cit. por Vergara, 2010, pp. 103-104). Aun cuando en las elecciones de ese año Fujimori se presentó como un candidato heterodoxo, con un discurso populista, al asumir el gobierno, con la asesoría de Hernando de Soto, dio un giro hacia el neoliberalismo más radical, logrando el apoyo de los organismos multilaterales, los países desarrollados y el empresariado nacional.

Las reformas liberales en los dos primeros años del gobierno de Fujimori impulsaron la apertura de la economía, la flexibilización de las relaciones laborales, el inicio de las privatizaciones de empresas públicas, el rescate del sistema financiero y la negociación del pago de la cuantiosa deuda externa. Las reformas estructurales promovieron la confianza de los empresarios en Fujimori, favorecieron el auge de las inversiones y el crecimiento, luego de quince años de deterioro intermitente (Cotler & Grompone, 2000, p. 25).

El programa del Consenso de Washington fue llevado a cabo por el régimen de Fujimori (1990-2000) con la colaboración de los grandes países capitalistas y los organismos financieros multilaterales que controlan, como el FMI y el BM. Si bien Fujimori dio inicio a una etapa histórica de estabilidad macroeconómica, consolidó un modelo económico de reprimarización, desindustrialización y desnacionalización de la economía, en la que los intereses de las corporaciones transnacionales volvieron a tener clara hegemonía en la economía del país.

Como sostiene Jiménez, este Consenso, a diferencia del consenso de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe-CEPAL, 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 sociales 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 es fuente de desestabilización económica. Si los recursos se asignan solo a través del mercado, el Estado debe ser neutral, debe privatizar algunos servicios públicos sociales y debe definir su tamaño en función del principio de austeridad y el equilibrio presupuestal (Jiménez, 2002, p. 429).

Empero, el efecto de la aplicación de estas políticas no ha mejorado sustancialmente la distribución del ingreso ni ha reducido significativamente la pobreza en América Latina, situación que plantea la necesidad de un nuevo consenso de reformas de largo plazo para lograr mayor nivel de equidad y cohesión social (Bulmer-Thomas, 1997, p. 372).

El contexto histórico se completa con el desarrollo del conflicto armado interno, iniciado en los años ochenta con la insurgencia del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, de ideología maoísta, y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), de orientación procubana. Estas organizaciones subversivas utilizaron sistemáticamente métodos terroristas como forma de lucha armada, con un costo económico y humano enormes, tal como lo puso de relieve el informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación.

Se debe destacar que al inicio del gobierno de Fujimori se introdujeron reformas mediante legislación delegada, aun cuando su partido no fuera mayoritario en un Congreso políticamente fragmentado. Para ello el fujimorismo contó con el apoyo de sectores empresariales y populares, así como con parte del FREDEMO y una tecnocracia adicta a las reglas del Consenso de Washington (Dargent, 2010, p. 82). Es preciso recordar que 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, le delegaron facultades legislativas que permitieron al régimen 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 las normas del régimen económico de la Constitución de 1979 para reforzar la protección jurídica de la propiedad privada, aun cuando la Carta de 1979 era lo suficientemente flexible para la ejecución de políticas de liberalización y privatización de la economía.

Así, por ejemplo, dicha ley en su artículo 6 restringió las reservas para el Estado, previstas por causas de interés social o seguridad nacional en el artículo 114 de la Constitución de 1979. El artículo 8 limitó la causa de la expropiación al concepto de interés nacional, en contradicción con el artículo 125 de la Constitución que preveía el concepto de interés social, y se estableció el requisito de que sea mediante ley para cada caso singular y no conforme a ley, como previó la Carta de 1979. El artículo 13 flexibilizó el sentido de la declaración de necesidad nacional de la inversión extranjera en zona de frontera prevista en el artículo 126 de la Constitución, que era de carácter excepcional, y declaró con carácter general la necesidad de la inversión extranjera en zona de frontera. Como tendremos ocasión de ver, algunas de estas iniciativas y otras similares tendrían después concreción constitucional en la Carta Fundamental de 1993.

El golpe de Estado y el consecuente cierre del Congreso se produjo más adelante, a los dos años de asumir el cargo Fujimori, cuando muchas de las reformas ya habían sido dictadas y en parte implementadas por el ministro de Economía y Finanzas Carlos Boloña, y sirvió para profundizarlas, pero no para iniciarlas.

2. LA DÉBIL REPRESENTATIVIDAD DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

El régimen fujimorista obtuvo el apoyo de los grandes empresarios y de tecnócratas liberales. Estableció una estrecha alianza con las Fuerzas Armadas a través del jefe de facto del Servicio de Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos. El presidencialismo que caracterizaba al régimen político peruano se exacerbó en un modelo de democracia delegativa, con amplias atribuciones del Ejecutivo para gobernar por decreto, en contraste con la debilidad de las instituciones que en una democracia deben ejercer los contrapesos constitucionales (Cotler & Grompone, 2000, p. 28).

El Congreso delegó ampliamente facultades legislativas en materia económica e intentó corregir algunos excesos de los decretos legislativos en materia de pacificación y lucha contra la subversión terrorista que colisionaban con la Constitución de 1979. Ante los reiterados y provocadores 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 el autogolpe de Estado, con el apoyo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Se clausuró el Congreso, presidido por el jurista Felipe Osterling Parodi, senador del Partido Popular Cristiano, y se cercenó a 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, iniciándose 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.

[...] el golpe de Estado de 1992 llevaría a la convocatoria de un Congreso Constituyente en el que se aprobó la constitución vigente. Con una composición política distinta a la Asamblea de 1978, fue mayoritariamente autoritaria y desafecta al diálogo, preparo un texto inferior al anterior y trató de incorporar en materia económica las ideas neoliberales en boga, aunque en esa tarea —como puede apreciarse del Diario de Debates— careció de conocimientos, de experiencia y de organicidad, siguiendo recomendaciones provenientes de las corrientes liberales predominantes, pero lejos de las necesidades de un país productivo que no tuvo en ese conclave representación eficiente. Bajo presión, esa mayoría consistió a última hora en adoptar también la formula conciliadora, aunque de difícil precisión, de «economía social de mercado», pero la mayoría gobernante se olvidó pronto del equilibrio que simboliza, como lo demostró en la practica el gobierno de Fujimori. Populista cuando lo considero necesario, invoco bajo aplauso mayoritario de los sectores empresariales y unánime de los piases y bancos acreedores y de las empresas transnacionales, los principios del liberalismo económico (jamás del político, por cierto) en un contexto internacional exigente, privatizando —sin explicar el objetivo de ello, sin embargo— numerosas empresas públicas ineficientes y controlando la inflación. Estos hechos dieron lugar a una bonanza efímera —como tantas veces antes había ocurrido en la historia de la República—, pero el desempleo creciente y el incremento de la desigualdad en la ya de por sí mala distribución de los ingresos se hizo evidente, lapidando sin misericordia a una parte significativa de la industria manufacturera que era solo parcialmente ineficiente, y negándose a fomentar un auténtico desarrollo agrícola, ambas íntegramente en manos de peruanos.

El país paso de ser dominado económicamente por el Estado, a ser lo por empresas transnacionales y acreedores extranjeros, empobreciéndose las capas medias en la segunda mitad de la década de los 90, conforme se consolidaba el poderoso e inmoral grupo gobernante, que había dado ya antes múltiples y variadas señales de conducta ilegal. Los dineros provenientes de la privatización se utilizaron malamente, en un ambiente de corrupción de y de control policiaco bajo la tutela institucional de las Fuerzas Armadas, como no había jamás ocurrido antes en la República.

*La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios
en las constituciones de 1979 y 1993*
Baldo Kresalja

El golpe de Estado fujimorista contó con el apoyo de los poderes fácticos de la gran mayoría del empresariado y los medios televisivos. Externamente fue respaldado por la «comunidad de inteligencia» estadounidense y por los organismos financieros multilaterales, lo que le permitió consolidar su proyecto autoritario. Sin perjuicio de ello, la posición del Departamento de Estado de los Estados Unidos fue la de presionar por un retorno al sistema democrático, lo que influyó decisivamente para que Fujimori, con la asesoría de Hernando de Soto, se comprometiese ante los cancilleres de la Organización de Estados Americanos a restablecer el orden constitucional.

Es así que 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, como fue la Asamblea Constituyente de 1978 bajo el régimen militar del General Francisco Morales Bermúdez, fue el entramado institucional para establecer una fachada democrática del régimen autoritario, con el beneplácito de la Organización de Estados Americanos representada por su emisario el uruguayo Héctor Gros Espiell.

La Constitución aprobada por el fujimorismo sirvió, como en tiempos de Leguía, no solo para intentar constitucionalizar el régimen, sino para disimular el auténtico sentido de sus instituciones y la orientación política que tuvieron (Planas, 1999, p. 44). Se trató de un proceso que denominaremos de fraude constitucional. Como lo describe Ariño: un régimen autoritario que utiliza los procedimientos plebiscitarios para legitimarse, pero en el cual ni las instituciones ni las minorías opositoras ejercen ningún control y solo sirven de fachada. Un ejemplo histórico de fraude constitucional se dio con la utilización de procedimientos parlamentarios para institucionalizar el régimen totalitario nazi¹¹⁵.

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 inspirado en el Consenso de Washington. Uno de los efectos de esta inspiración fue, como anota Fernández Segado (1994), la supresión de principios valorativos inspiradores del régimen económico (p. 38).

¹¹⁵ «Pero sí será bueno recordar que la ley falseada, manipulada, prostituida puede ser camino de servidumbre y tiranía. No otra cosa ocurrió en Alemania con la legalidad nacionalsocialista: todo se hizo dentro de los más estrictos cauces democráticos y por procedimientos 'legales', como tantas veces se ha contado ¿Cómo fue ello posible? Por una concepción radicalmente errónea de la ley: la de que esta tiene un poder ilimitado, puede ordenarlo todo, extenderse a cualquier campo y regular la vida, la libertad o la propiedad en la forma que los representantes del pueblo —titulares de la soberanía— creen conveniente» (Ariño Ortiz, 1989, p. 66).

En ese contexto, se concretó también en el texto de la Carta Fundamental de 1993, 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.

Las tres tesis en debate fueron:

- a) La del constitucionalismo social flexible, recogida en la Carta de Fundamental 1979, que dedicó un título de la Constitución al régimen económico, garantizando el derecho de propiedad y la libre iniciativa, pero habilitando políticas públicas extramercado con instrumentos como el interés social y la planificación concertada, que orientaran al mercado hacia un horizonte social (Ochoa Cardich, 1987, pp. 672-673). Se trata de una economía social de mercado dentro del marco jurídico fundamental del Estado social de derecho, actualmente vigente en el constitucionalismo europeo y latinoamericano. Corresponde al denominado constitucionalismo social flexible la inclusión de cláusulas abiertas referidas al interés social y a la economía social de mercado, que permiten que el legislador pueda desarrollar estas cláusulas con criterio dinámico. Sus alcances pueden precisarse mediante la labor interpretativa de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- b) La del constitucionalismo económico dogmático o cerrado. Parte de una crítica de la Carta de 1979 a la que califica de estatista o incoherente —por incluir conceptos que no son unívocos— y de permitir la ejecución de políticas socializantes o intervencionistas. Esta tesis no admite un sistema económico abierto, sino que plantea que debe constitucionalizarse un modelo económico rígido de contenido neoliberal, sin matices, a fin de promover la inversión nacional y extranjera. Fue sostenido en el debate constitucional de 1993 por el fujimorista Víctor Joy Way y marcó el contenido del texto constitucional de 1993.
- c) La tesis de negación de todo constitucionalismo económico. Se basa en un neoliberalismo absoluto que niega toda posibilidad de un consenso constitucional, puesto que significaría incorporar en la Constitución conceptos ‘intervencionistas’. Propone, en consecuencia, que no se establezca ningún régimen económico en la Constitución¹¹⁶.

¹¹⁶ Quizás el mejor ejemplo de ello en nuestro medio sea el proyecto «Bases para un cambio constitucional», elaborado en junio de 1993 por el Instituto de Economía de Libre Mercado, dirigido por Alberto Bustamante y presidido por Carlos Boloña, ambos muy destacados ministros del fujimorato. Un artículo en la misma dirección es el de Rebaza, 1993, pp. 55 ss.

3. EL DEBATE CONSTITUCIONAL EN EL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

El debate constitucional acerca de la constitución económica puede seguirse en el denominado Congreso Constituyente Democrático de 1993 con menor intensidad que en el correspondiente a la Constitución de 1979, ya que fue convocado como consecuencia de la presión del Departamento de Estado de los Estados Unidos en procura de la reinstitucionalización democrática, y con la intención expresa de legitimar el golpe de Estado de abril de 1992 e incorporar las directivas del Consenso de Washington¹¹⁷.

Cabe recordar que entre las razones que se esgrimieron inicuamente luego del golpe estuvo la supuesta necesidad de efectuar modificaciones en las normas constitucionales económicas de la Constitución de 1979. El texto de la constitución

¹¹⁷ 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 vengan 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 éstos deberían ser progresivamente reducidos hasta alcanzar un arancel uniforme bajo del orden del 10 por ciento (o, como máximo, de alrededor del 20 por ciento);
 - 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, 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.
- (Guitián & Muns, 1999, citado por Ruiz Caro, 2002, p. 19).

económica finalmente aprobado fue inspirado en gran medida por un documento elaborado por el Instituto Apoyo (1992), financiado en parte o totalmente por el Estado norteamericano, cuyos tecnócratas colaboraron asesorando al régimen autoritario, que excluía el concepto de interés social y que fue asumido en sus aspectos centrales por la mayoría fujimorista. En esa línea de pensamiento, el representante del fujimorismo, Víctor Joy Way sostuvo:

De todo ello se desprende un hecho irrefutable: durante el periodo de vigencia de la Constitución de 1979, el Perú experimentó uno de los peores retrocesos económicos de toda su vida republicana, y el modelo de desarrollo y Estado que inspiró a dicha Constitución, está simplemente agotado, tanto en su versión monoprimeria exportadora como en su versión de sustitución de importaciones, sobreprotegida e ineficiente, con alta carga marxista en su concepción (CCD, 1998, I, p. 751).

El principal ponente de la posición oficial fue Carlos Torres y Torres Lara, quien sostuvo que, en esencia, el régimen económico propuesto por la mayoría se basaba en el respeto de los derechos fundamentales de los inversionistas, como el derecho a la propiedad, a su uso, a su explotación, a su transferencia, el derecho al uso y defensa de sus utilidades y sobre todo a la estabilidad contractual. En ese orden de ideas, afirmó:

El régimen económico que se propone intenta establecer un mecanismo de economía de mercado similar al que existe en el mundo y lo más parecido posible al que se aplica en los países colindantes al nuestro. El objetivo es hacernos competitivos como país que sabe atraer las inversiones, dando seguridad en esta parte del mundo; pero no es, ni pretende ser, una economía liberal manchesteriana, porque hay diversos artículos de la actual constitución que, recogiendo el proceso histórico del desarrollo constitucional en el Perú, se mantienen.

Por lo pronto, hemos incorporado a nivel constitucional un principio que es fundamental: ningún derecho constitucional ampara el abuso. Este concepto, que ha estado en el Código Civil [...] pasaría a nivel constitucional, como ya lo tenemos aprobado, con el propósito de que todas las normas que estamos aprobando sean usadas siempre con equilibrio y nunca con abuso de los más débiles (p. 749).

Torres y Torres Lara sostuvo que el régimen económico propuesto parte de la idea de que la Constitución debe garantizar el funcionamiento correcto de las fuerzas del mercado, lo cual implica tanto la instauración de la libre competencia de los mercados existentes como la creación y desarrollo de mercados modernos allí donde no existan (p. 752).

El constituyente de Solidaridad y Democracia (SODE) Manuel Moreyra Loredo refutó los planteamientos de que el Estado no debía intervenir en las relaciones económicas y defendió el rol orientador del Estado en la economía, que fue finalmente recogido en el texto final del artículo 58 de la Norma Suprema:

El Estado interviene no solo en el Perú, sino en todas partes del mundo. El estado interviene cuando formula sus normas tributarias; el Estado interviene cuando formula su gasto; el Estado interviene cuando da leyes. Lo que pasa es que debe intervenir —una vez más— de acuerdo a ciertos principios. Esto, además, pasa en todos los países del mundo y no nos va a hacer menos equitativos. Y no solo eso: el Estado es en todas partes del mundo, más del veinte, el treinta y, a veces, hasta el cuarenta por ciento de la economía. En el Perú estamos aspirando a que la presión tributaria suba, a por lo menos, 15 o 20%, lo que significa que el Estado va a tener igual dimensión (p. 755).

En ese mismo orden de ideas, Moreyra sostuvo la necesidad de que la Constitución incluya expresamente a la planificación:

El Estado tiene que planificar, no puede vivir en un eterno presente, como viven los animales. El Estado no puede darse el lujo —en un país pobre como este— de no planificar físicamente al país, de no tomar disposiciones para que, por ejemplo, por el sur rehaga una sola carretera para Bolivia y no tres como estamos haciendo ahora, para mencionar un solo caso; no puede establecerse que en cualquier sitio se creen zonas francas, pues esto tiene que estar dentro de una política general, etcétera.

El principio debe ser que la planificación es obligatoria para el sector público y solo indicativa u orientadora para el sector privado, y que el sector privado debe tener capacidad de coordinación con el sector público (pp. 755-756).

Por su parte, el representante del Movimiento Independiente Agrario (MIA), Gustavo García Mundaca, criticando el proyecto neoliberal de la mayoría sostenido por Torres y Torres Lara, sostuvo: «Estamos ante el reconocimiento de un modelo económico que necesita de un gobierno autoritario y que necesita de una constitución hecha a medida para lograr ese objetivo. Evidentemente, la influencia chilena y la presencia de Pinochet, no pueden ser más transparentes en las expresiones del Presidente de la Comisión de Constitución» (p. 762).

Chirinos Soto, constituyente aliado del fujimorismo, propuso la eliminación de la función social en el sistema de economía de mercado dentro del régimen económico:

Yo, señor Presidente, he pensado durante una temporada que era lo mismo decir economía de mercado libre, que decir economía social de mercado. Creí que la diferencia era bizantina. En ese sentido, me satisface con el texto, tal como

aparece en el proyecto de Constitución. Pero he reflexionado mejor y recibido información, y encuentro que ahora, al decir que la iniciativa privada se ejercen una economía social, la mayoría parlamentaria hace una innecesaria concesión a la izquierda del Congreso (p. 771).

Asimismo, le alarmaba la función redistributiva de la economía social de mercado: «al hablar de economía social de mercado en Alemania ponen el acento en la distribución de la riqueza y no lo ponen en la creación de la riqueza, y la creación de la riqueza es la premisa indispensable para la distribución de la riqueza» (p. 771).

Más adelante, refutando el discurso neoliberal asumido por la mayoría fujimorista, Moreyra precisó:

Señor Presidente, acabo de terminar de releer a Adam Smith. Y Adam Smith no es partidario de una economía de libre mercado. De la famosa frase sobre «la mano invisible», dice que «frecuentemente, cuando se dejan libres los intereses egoístas, llegan a una solución cercana al bien común» Y usa la palabra «frecuentemente»; lo que quiere decir que no siempre. Pero en ese mismo párrafo, dice que en los casos en que eso no se logra, «es deber del Estado asegurarse que así sea». Luego, Adam Smith es realmente un marxista-izquierdista al lado de la mayoría (p. 798).

Henry Pease, del Movimiento Democrático de Izquierda, sostuvo una posición más moderada y realista respecto a las propuestas de los radicalizados partidos de izquierda de la década anterior. Explicó la propuesta de un Estado que ejerza la rectoría del desarrollo económico en estos términos:

Ahí decimos: «El Régimen Económico de la República es libre y es plural, y se fundamenta en los principios de justicia social» —que ya he leído—, y agregamos que «el Estado cumple una función rectora para alcanzar el desarrollo económico y social, promueve la erradicación de la miseria y el autoabastecimiento alimentario y energético de la República». Obviamente, para ustedes esto no es sino una declaración teórica o algo que los pone en problemas, porque para ustedes el rol rector de la economía es solamente campo de la iniciativa privada (p. 769).

Es interesante resaltar que la congresista Lourdes Flores Nano, lideresa del Partido Popular Cristiano, identificado tradicionalmente con una ideología conservadora, sostuvo en el debate la necesidad de una tercera vía socialcristiana, entre el neoliberalismo absoluto y el socialismo:

Sentimos que están todavía vigentes y posibles de realizarse las metas que trazamos para el Estado peruano en la década del 80: la posibilidad de un Estado que sea garante del orden, que sea director general, para que impulse el máximo empleo dentro de una planificación democrática y no compulsiva; la posibilidad

de un Estado como promotor, que abre horizontes nuevos e impulsa el esfuerzo y la productividad; la posibilidad de actuar como agente subsidiario en aquellos campos necesarios de la actividad económica que por su volumen o escasa rentabilidad no sean cubiertos por la empresa privada, la posibilidad de actuar como ente fiscal, para distribuir la renta con criterio más equitativo; la posibilidad de defender la libertad y la competencia combatiendo los monopolios surgidos por ley o por concertación; la posibilidad del Estado como creador de infraestructura y equipamiento físico-económico a nivel nacional; o como impulsor de la investigación científica y técnica; o como promotor de las exportaciones, facilitando la búsqueda y conservación de mercados y promoviendo su capacidad competitiva internacional (p. 811).

En suma, dentro de las características más acusadas del modelo aprobado por el CCD 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 principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana.

Así, la mayoría oficialista impuso su proyecto basado en las tesis del neoliberalismo radical difundidas por el Movimiento Libertad, liderado por Mario Vargas Llosa en la parte final de la década de 1980 y posteriormente por el Instituto Apoyo, que sostenían 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 setenta se pasó al Estado mínimo en la década de 1990. Estas posiciones se afirmaban en la necesidad de otorgar seguridad a la inversión, principalmente extranjera, mediante los contratos ley y estableciendo sin condiciones la igualdad de trato entre la inversión nacional y extranjera, supuestamente para reforzar la competitividad del país. Se estableció también el principio de subsidiariedad, que como veremos no significa renuencia a actuar en la economía, con la finalidad de institucionalizar la ola de privatización de la actividad empresarial del Estado, en concordancia con las políticas en curso, mientras que los grupos opositores —como consta en el debate constitucional—, desde el socialcristiano Partido Popular Cristiano hasta el socialista Movimiento Democrático de Izquierda sostenían la necesidad de una economía social de mercado con un rol más activo del Estado en la regulación de las relaciones económicas.

El extracto de algunas opiniones de líderes políticos que hemos transcrito tiene como objetivo mostrar —parcialmente, por cierto— las distintas opiniones al interior del CCD, pero también poner de relieve, contra lo que usualmente señala la mayoría de los medios de comunicación social y algunas entidades empresariales

importantes, que la adopción del régimen económico constitucional no tuvo aceptación unánime. Esto legitima propuestas posteriores para hacer modificaciones que suelen ser malamente desechadas por los poderes fácticos.

Régimen económico de las constituciones de 1979 y 1993

Régimen económico de 1979	Régimen económico de 1993
Es una constitución marcadamente valorativa en materia socioeconómica. El artículo 110 estableció que el régimen económico se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de la riqueza y como medio de realización de la persona humana.	Ausencia de contenidos valorativos con relación a la dignidad de la persona humana, al Estado social de derecho y a la función socio-económica del trabajo.
El artículo 110 estableció fines sociales de intervención del Estado en procura del desarrollo económico: el incremento de la producción y de la productividad; la racional utilización de los recursos; el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso	El artículo 58 declara que el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.
El artículo 111 habilitó al Estado a planificar el desarrollo, incluyendo el instrumento de la planificación concertada con el sector privado.	No se prevé explícitamente a la planificación ni siquiera indicativa, aun cuando el artículo 58 declara que el Estado orienta el desarrollo del país.
El artículo 115 reconoció la libertad de iniciativa privada dentro de un régimen de economía social de mercado, que debe ejercerse en armonía con el interés social	El artículo 58 reconoce la libertad de iniciativa privada dentro de un régimen de economía social de mercado. En el régimen económico no hay referencia alguna al interés social.
El artículo 112 estableció los fines de la actividad empresarial del Estado: promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.	El artículo 60 delimita la iniciativa pública en el marco del principio de subsidiariedad: 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.
El artículo 114 habilitó al Estado a reservarse actividades productivas o de servicios. También para establecer reservas a favor de los peruanos.	No hay habilitación al Estado para reservas de actividades productivas o de servicios. Empero, el artículo 58 faculta al Estado a intervenir en la economía a través de los servicios públicos.
El artículo 116 declaró que el Estado protege el cooperativismo y que estimula y ampara a las empresas autogestionarias, comunales y demás formas asociativas.	No hay previsión de tratos diferenciados para promover o proteger a empresas asociativas. No hay referencia alguna de protección o promoción de estas modalidades empresariales.

Régimen económico de 1979	Régimen económico de 1993
<p>El artículo 117 declaró que el comercio exterior es libre dentro de las limitaciones que la ley determina por razón de interés social y de desarrollo del país.</p> <p>Asimismo, en una declaración valorativa afirmó declaró que el Estado promueve la cooperación entre los pueblos para alcanzar un orden económico internacional más justo.</p>	<p>El artículo 63 declara que el comercio exterior es libre sin prever limitaciones. Asimismo, prevé que si otro país o países adoptan medidas discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas.</p> <p>En la línea del globalismo de fines de siglo XX no hay declaración de contenido valorativo sobre la cooperación para conseguir un orden económico internacional más justo.</p>
<p>El artículo 118 previó que los recursos naturales, renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación.</p> <p>Declara expresamente que los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales, fuentes de energía, pertenecen al Estado.</p>	<p>El artículo 66 prevé que los recursos naturales, renovables o no renovables, son patrimonio de la Nación. Asimismo, declara que el Estado es soberano en su aprovechamiento.</p> <p>Prevé que por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares.</p>
<p>El artículo 124 declaró que la propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. Establece como mandato al Estado promover el acceso a la propiedad en todas sus modalidades.</p>	<p>Se suprime el concepto de interés social y se declara en el artículo 70 que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.</p>
<p>El artículo 125 previó como causales de expropiación a la necesidad y utilidad pública y el interés social. Asimismo estableció que esta se declara «conforme a ley», formulación con la que habilitaba al Estado para que se declare la causal por resolución administrativa con sustento en la ley.</p>	<p>El artículo 70 prevé como causales de expropiación a necesidad y pública y la seguridad nacional. No prevé ni al interés social y ni siquiera al bien común como causales. Asimismo establece que esta se declara por ley, esto es por ley singular para cada caso concreto.</p>
<p>El artículo 128 estableció que los bienes públicos —cuyo uso es de todos— no son objeto de derechos privados.</p>	<p>El artículo 73 habilita a la privatización de la gestión de los bienes de uso público mediante la concesión, conforme a ley para su aprovechamiento económico.</p>
<p>El artículo 130 declaró que las empresas —cualquiera sea su modalidad— son unidades de producción, cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley.</p>	<p>No se prevé disposición alguna que establezca exigencias socio-económicas a la actividad empresarial privada. No hay referencias valorativas a la responsabilidad social empresarial.</p>
<p>El artículo 132 habilita al Estado la intervención económica empresarial con medidas transitorias y extraordinarias en situaciones de crisis grave o emergencia.</p>	<p>No se prevé que el Estado pueda intervenir la actividad empresarial con medidas transitorias o extraordinarias ni se le faculta a declarar «emergencias económicas».</p>

Régimen económico de 1979	Régimen económico de 1993
El artículo 133 declaraba la prohibición de los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil.	El artículo 61 establece como rol del Estado facilitar y vigilar la libre competencia. Encomienda al Estado combatir toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Asimismo, establece que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.
El artículo 136 —siguiendo a la Doctrina Calvo— declaró el sometimiento de empresas extranjeras a las leyes de la República y a la jurisdicción nacional. Excepcionalmente previó que el Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú.	El artículo 63 reitera la regla del sometimiento de los extranjeros a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República. Asimismo, prevé que el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. También pueden someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.
El artículo 152 estableció que la actividad bancaria y financiera cumple función social de apoyo a la economía del país en sus diversas regiones y a todos los sectores de actividad y población de acuerdo a los planes de desarrollo.	No hay referencia a la función social de la actividad bancaria y financiera.
El artículo 137 estableció que el Estado autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea como complementarias de las nacionales, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional y contribuyan al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración.	El artículo 63 establece como principio la igualdad jurídica entre la inversión nacional y extranjera. No se prevé que el Estado regule a la inversión extranjera. No hay referencia a los procesos de integración económica latinoamericana.
No hay disposición dentro del Título III «Del «Régimen Económico» que proteja jurídicamente a la libertad de contratar o de contratación ¹¹⁸ .	El artículo 62 prevé que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Prevé que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u disposiciones de cualquier clase. Se reconoce a nivel constitucional la protección jurídica de los contratos-ley.

¹¹⁸ Solo estuvo reconocida como derecho fundamental —dentro del título I— en el inciso 12 del artículo 2 que previó que la ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho. El inciso 14 del artículo 2 de la Carta de 1993 la libertad de contratar con fines lícitos como derecho fundamental, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Régimen económico de 1979	Régimen económico de 1993
El artículo 157 estableció que el Estado garantiza el derecho de propiedad privada sobre la tierra, en forma individual, cooperativa, comunal y autogestionaria o cualquier otra forma asociativa directamente conducida por sus propietarios en armonía con el interés social y dentro de las regulaciones y limitaciones que establezcan las leyes.	El artículo 88 declara que el Estado garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa.
El régimen agrario tenía un contenido marcadamente valorativo. Así, el artículo 159 declaró que la reforma agraria es el instrumento de transformación de la estructura social y de promoción del hombre del campo. Se afirmó que se dirigía hacia un sistema justo de propiedad, tenencia y trabajo de la tierra, para el desarrollo económico del país. Asimismo, previó la prohibición del latifundio y la gradual eliminación del minifundio mediante planes de concertación parcelaria.	El artículo 88 establece que la ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.
El artículo 163 declaró que las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También se previó que eran inalienables, salvo ley fundada en el interés de la comunidad y solicitada por una mayoría de dos tercios de los miembros calificados de esta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad pública.	El artículo 89 prevé que las Comunidades Campesinas y Nativas son autónomas en el uso y la libre disposición de sus tierras. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo el caso de abandono.

Fuente: Ochoa Cardich, 2011, pp. 12-15.

CAPÍTULO 9

LOS DERECHOS ECONÓMICOS FUNDAMENTALES

1. INTRODUCCIÓN

1.1. El derecho fundamental de propiedad: de libertad negativa a derecho limitado en el Estado social

En primer lugar, nos referiremos a la naturaleza de derechos fundamentales reconocidos explícitamente como tales por la Constitución, como los derechos económicos de propiedad y herencia, el derecho a contratar libremente y el derecho a la libertad de trabajo.

El desarrollo constitucional contemporáneo tiene en la teoría de los derechos fundamentales la expresión de la utopía liberal del siglo XVIII, que ha logrado institucionalizar, en la sociedad y en el Estado, la garantía de la protección y desarrollo de los derechos y libertades de hombres y mujeres por su condición de persona humana (Landa, 2002a, p. 51).

Actualmente, el carácter de derechos fundamentales de acuerdo a la doctrina implica dos dimensiones:

- Subjetiva: desde un punto de vista individual, los derechos fundamentales se derivan de la dignidad humana. 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;
- 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 (Solozábal Echavarría, 1991, p. 87 ss.).

En esa dirección, los derechos fundamentales son componentes funcionales del propio sistema democrático. Con ellos se decide sobre la estructura básica de la sociedad (Alexy, 2003, p. 34). Son mandatos del ordenamiento jurídico que establecen ámbitos inmunes respecto a la actividad pública, espacios protegidos de intervención

que el Estado debe respetar. Así, cuando la imposición de normas generales de limitación sea imprescindible, ello solo puede ser viable mediante una reserva de ley o por acción del legislador.

Los derechos que actualmente conceptualizamos como derechos fundamentales se identificaron como derechos inalienables, innatos e inviolables, desde el *Bill of Rights* de Virginia (1776).

Es relevante destacar que para el liberalismo los únicos derechos que debe garantizar el Estado son las llamadas «libertades negativas» de las personas. Esto significa que el Estado debe proteger los derechos inviolables de toda persona (la vida, la propiedad, la libertad de contrato, etc.), pero no debe intervenir para hacer efectivas las llamadas «libertades positivas». No tiene obligación de proveer nada a los individuos para que puedan llevar adelante sus planes de vida (Gargarella, 1999, p. 48)¹¹⁹. Así, la tesis de las libertades negativas excluye la viabilidad de derechos sociales prestacionales, tal como precisa Gargarella:

Afirmar que los derechos son solo negativos implica creer exclusivamente en derechos de no interferencia —derechos a que otros no me dañen, en un sentido amplio del término— y a la vez rechazar la existencia de derechos positivos, esto es, derechos que otros me asistan en algunas necesidades básicas —derecho a que me provean de lo que necesito para vivir-. Los únicos derechos positivos concebibles son aquellos. Por otra parte, decir que los derechos actúan como restricciones laterales frente a las acciones de otros, implica sostener el criterio liberal según el cual la esfera de los derechos ha de resultar inviolable frente a las pretensiones de los demás. Dicha esfera debe ser protegida con independencia de las consecuencias (negativas para el llamado «bien común» o «bienestar general») (1999, p. 48).

Si asumimos que el mercado está fundamentado en libertades negativas, entonces los derechos económicos fundamentales solo pueden ser considerados como derechos inviolables o de no interferencia —derechos a que no me dañen en un sentido amplio del término— el derecho de propiedad y su transferencia libre mediante el contrato. Para la teoría neoliberal radical —el libertarismo—, defendida por Nozick (1988), solo es aceptable el Estado mínimo, dedicado exclusivamente a proteger a las personas contra el robo, el fraude y el uso ilegítimo de la fuerza y a respaldar el cumplimiento de los contratos¹²⁰.

¹¹⁹ Sobre la definición de libertad positiva y negativa, véase Berlin, 1969.

¹²⁰ La teoría de la justicia para Nozick se fundamenta en la denominada *entitlement theory*, según la cual cada individuo es titular de derechos adquiridos en virtud de la apropiación histórica. La cuestión fundamental es definir la apropiación justa. Nozick, reinterpretando a Locke, considera que cada persona puede tomar para sí cantidades ilimitadas de recursos naturales si, de ese modo, no daña a nadie. Para John Locke (1632-1704), autor del *Segundo tratado sobre gobierno civil*, los recursos cosechados, cazados

En dirección similar, Hayek —desde su obra *Camino de servidumbre*— sostenía que existen dos modos de organización social: el «orden espontáneo» y el «orden construido». Así, el régimen económico y social debe ser producto del «orden espontáneo» basado en el mercado y no en decisiones colectivas o estatales. Es un orden autorregulador asentado en la evolución de un acuerdo sobre ciertas reglas formales o abstractas que limitan el campo de acción de cada individuo a fin de que dicho orden pueda funcionar (Hayek, 1981b, p. 31).

Las reglas formales del Estado liberal de derecho, basado en el *Rule of Law*, garantizan el respeto de la propiedad privada y los contratos entre los sujetos privados. El orden espontáneo debe ser aceptado sin interferencias o coacción estatal que distorsione arbitrariamente el libre mercado para redistribuir la riqueza a favor de sectores débiles o desprotegidos en aras de valores como la solidaridad.

Como el mercado y los derechos económicos están basados en libertades negativas, cuando los gobiernos a través de la planificación estatal pretenden imponer el «orden construido» con la finalidad de redistribuir los bienes de acuerdo a un sistema de valores éticos o políticos se inicia el ocaso del *Rule of Law* y del Estado liberal de derecho (Hayek, 1978, p. 110).

En lo que se refiere a la fundamentación de los derechos humanos, las tesis de Hayek suponen una subordinación de la igualdad a la libertad, un enfoque hiperindividualista de los derechos humanos que afirma la primacía del derecho de propiedad sobre cualquier otro principio, valor o derecho (Pérez Luño, 1983, p. 13)¹²¹.

o extraídos fueron transformados por el trabajo del individuo mediante la obra de sus manos, y como el hombre es naturalmente dueño de su persona, trabajo y cosas que hasta entonces eran recursos naturales comunes —a las cuales aportó su propio trabajo—, aquellos pasan a ser de dominio del legítimo propietario. En la *entitlement theory* se infiere una legitimación absoluta e ilimitada de los derechos de propiedad, que no corresponde al pensamiento de Locke, quien sostenía: «Quizás pueda objetarse a esto que “si el hecho de recoger las bellotas y otros frutos de la tierra hace que tengamos derecho a ellos, entonces cualquiera podría aumentar su propiedad tanto como quisiese”. A lo cual respondo: no es así. Pues la misma ley de naturaleza que mediante este procedimiento nos da la propiedad, también pone límites a esa propiedad. “Dios nos ha dado todas las cosas en abundancia” (1 Timoteo vi. 17) es la voz de la razón confirmada por la inspiración. Pero ¿hasta dónde nos ha dado Dios esa abundancia? Hasta donde podamos disfrutarla. Todo lo que uno pueda usar para ventaja de su vida antes de que se eche a perder será aquello de lo que esté permitido apropiarse mediante su trabajo. Más todo aquello que excede lo utilizable será de otros». A este respecto, Martínez de Pisón (1998) anota: «A pesar de las explicaciones de Nozick, sus hipótesis son poco plausibles: resulta difícil imaginar una situación —quizá en el viejo Oeste— en la que existan bienes y recursos que puedan adquirirse en esa forma y que se rehaga sin perjudicar a nadie. Hasta en el lejano Oeste las tribus indígenas salieron perjudicadas del avance de los colonos» (p. 144).

¹²¹ Esta contraposición entre libertad e igualdad material ha derivado en la teoría neoliberal en la negación de toda justificación a la igualdad material. Sobre esta concepción de libertad, Pérez Luño cita a Anatole France: «Se trata de la libertad de los pobres y de los ricos para mendigar, dormir bajo los puentes o hospedarse en el Hotel Ritz». Cabe señalar que la legitimación del derecho de propiedad

En el siglo XX se ha ido extendiendo la idea de que la satisfacción de las necesidades básicas de la persona humana fundamenta el reconocimiento de los derechos de acciones positivas del Estado. Para el neoliberalismo, carece de sentido todo intento de ampliar el concepto de derechos a otros que reciben el calificativo de «económicos, sociales o culturales» como son los derechos a acciones positivas del Estado (p. 28). Esta concepción de defensa de la individualidad frente al Estado conlleva una desvalorización de este, que queda relegado al cumplimiento de funciones de vigilante nocturno —en la famosa expresión de Ferdinand Lassalle—, limitado a velar por los derechos individuales, imposibilitado de restringirlos en función del interés público o del bien común. En suma, para el neoliberalismo solo cabe entender los derechos económicos fundamentales como libertades negativas.

Para el neoliberalismo, la finalidad de la Constitución debe ser facilitar la creación de una suerte de Declaración de Derechos Económicos —como propusieron Milton y Rose Friedman— que integre Constitución, libertades negativas y economía de mercado (ver Sunstein, 2004, pp. 23-38).

Así, los derechos fundamentales solo pueden concebirse como derechos de libertad frente al Estado, tal como señala Böckenförde: «Para la teoría liberal (del estado de derecho burgués) de los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado. Se establecen para asegurar, frente a la amenaza estatal, ámbitos importantes de la libertad individual y social que están especialmente expuestos, según la experiencia histórica, a la amenaza del poder del Estado» (Böckenförde, 1993, p. 48).

De ahí se desarrolla la doctrina de los derechos subjetivos. En la teoría de los derechos subjetivos, según Savigny, una relación o situación jurídica «asegura el poder que compete a la persona particular: un ámbito en que su voluntad reina y reina con nuestro asentimiento» (citado por Habermas, 2010, p. 150).

Como precisa Habermas, los derechos subjetivos equivalen en el derecho civil a las libertades negativas: «son derechos negativos que protegen ámbitos de acción individual al fundamentar títulos o pretensiones judicialmente accionables, concernientes a exigir la omisión de intervenciones no consentidas en la libertad, la vida y la propiedad de uno. En esta esfera sometida a protección jurídica, la autonomía privada queda asegurada sobre todo a través del derecho a concluir contratos y a adquirir contratos y a adquirir propiedad, o alienarla, o a transmitirla» (p. 150).

y los derechos humanos —que inspira el análisis económico del derecho— puede dar lugar, según Pérez Luño, a «legitimaciones tan peregrinas de los derechos de apropiación como la de sostener que el millonario Rockefeller tiene una justificación preferente a la de cualquier chicano o negro de Harlem en la utilización y titularidad de cualquier tipo de bienes» (1983, p. 35).

Ortiz Leroux, al definir el modelo republicano de ciudadanía, distingue la libertad republicana de las tesis neoliberales de las libertades negativas:

Los neoliberales, por ejemplo, sostienen que la libertad de propiedad y la libertad de comercio son libertades individuales que no pueden ser sujetas a ninguna restricción o limitación por parte del Estado. Por ello defienden la desregulación pública, la privatización y el libre comercio. Los republicanos, por el contrario, afirman que las libertades económicas, como libertades de propiedad y de comercio, tienen como límite la libertad entendida como dominación, es decir, el derecho a la existencia social de todos los ciudadanos, derecho clave sobre el cual orbitan el resto de los derechos [...]. La ilimitada libertad de comercio, sostienen, provoca irremediabilmente mayor desigualdad social, hambre y pobreza (Ortiz Leroux, 2014, p. 135).

Frente a esta concepción liberal de los derechos fundamentales como libertades negativas, Tugendhat señala que justamente el derecho crítico para la ampliación de los derechos humanos es el derecho a la propiedad, que en la concepción en el Estado liberal de derecho se ha entendido como un derecho ilimitado. Es obvio que los derechos a acciones positivas del Estado o derechos fundamentales prestacionales, característicos del Estado social, solo se pueden institucionalizar en la medida en que se limite el derecho de propiedad. Así, la defensa de los derechos humanos no solo implica la limitación del poder del Estado, sino de todo poder, como el económico. En consecuencia, el derecho a la propiedad tiene también que ser limitado (Tugendhat, 1993, pp. 29-30).

1.2. Contenido esencial de los derechos fundamentales

Puede afirmarse que en nuestra constitución los derechos fundamentales económicos y sociales están protegidos por una garantía institucional con un núcleo o reducto indisponible por el legislador (Carmona, 2000, p. 136). Sobre el concepto de garantía institucional, el Tribunal Constitucional español ha precisado en la sentencia de 28 de julio de 1981 que esta protege la esencia de instituciones jurídicas consagradas en el texto fundamental:

La garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencia determinado o fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre (*cursiva agregada*).

El mencionado ámbito, inmune a la intervención estatal, configura el contenido esencial de un derecho fundamental, que constituye el núcleo duro, irrenunciable e inmodificable de su identidad¹²².

Como precisa Pérez Luño, la esencialidad del contenido del derecho fundamental alude a aquella parte que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que le dan vida resulten real, concreta y efectivamente tutelados. Así, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (Pérez Luño, 1991, p. 78).

En el fundamento 21 de la STC Exp. 1417-2005-AA/TC, el Tribunal Constitucional asumió que para la determinación del contenido esencial de un derecho fundamental deben considerarse las disposiciones constitucionales expresas como los principios y valores superiores que la Constitución reconoce:

Este Tribunal Constitucional considera que la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales no puede efectuarse *a priori*, es decir, al margen de los principios, los valores y los demás derechos fundamentales que la Constitución reconoce. En efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona.

En el contenido no esencial es admisible la intervención regulatoria del legislador, pero conforme a los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad (García Toma, 2013, p. 26).

¹²² En la doctrina nacional, García Toma (2013) aclara: «el contenido esencial se convierte en la parte indispensable e indisponible que permite al titular del derecho a gozar de los atributos, facultades o beneficios que esta declara. Su afectación —a través de la actividad legislativa de desarrollo o reglamentación— conlleva a la transformación del derecho del derecho contenido en un precepto en otra categoría distinta; amén de generar la imposibilidad o dificultad extrema para hacer efectivo el goce de un derecho» (p. 25). Por su parte, para Castillo Córdova (2005), «el contenido constitucional de los derechos como objeto de protección en el proceso de amparo» (p. 576). No existe entonces un predeterminado contenido esencial del derecho fundamental, en el sentido de que cuente con un único contenido que vincule de modo fuerte y en su totalidad al poder público en general y al legislador en particular. Para este autor el contenido esencial empieza a formularse desde la norma constitucional, pero necesita de las circunstancias específicas para su definición y delimitación en cada caso concreto.

1.3. Principios de interpretación constitucional de los derechos fundamentales

Aún en la teoría constitucional liberal de los derechos fundamentales, en caso de conflicto de derechos hay que recurrir al principio de proporcionalidad, que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales, mediante su ponderación (Landa, 2002a, p. 58). Así, pueden surgir conflictos con otros derechos fundamentales, el orden público, la moral pública o el bien común, que fundamenten restricciones a los derechos fundamentales (Serna & Toller, 2000, p. 20).

En esa dirección, Serna y Toller proponen la armonización entre derechos fundamentales, previa determinación de su contenido esencial¹²³. Así, al resolver el conflicto entre dos derechos fundamentales, de lo que se trata es de arribar a una solución que se ajuste al respeto de los contenidos esenciales, evitando que se frustre el ejercicio legítimo de uno de ellos.

Asimismo, Hesse afirma los siguientes principios para la interpretación constitucional:

- El principio de unidad de la Constitución. La relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Norma Suprema obligan a no contemplar en ningún caso solo la norma aislada sino además en el conjunto en el que deba ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales.
- El principio de concordancia práctica. Los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad. Si se producen colisiones no se debe hacer efectivo uno a costa del otro. Por el contrario, el principio de la unidad de la Constitución hace preciso establecer los límites de ambos bienes, con la finalidad de que se integren para alcanzar su efectividad óptima (Hesse, 1983, pp. 48-49).

La fijación de los límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad (también denominado «prohibición de exceso» —*Übermassverbot*—); la ponderación de valores debe realizarse en aplicación del principio de proporcionalidad

¹²³ Para estos autores, se requiere «mirar hacia los límites internos de cada derecho en litigio, hacia su naturaleza, hacia el bien que protegen, hacia su finalidad y su ejercicio funcional: es atender a sus respectivos contornos y a sus esferas de funcionamiento razonable» (2000, p. 42), y al que es preferible llamar simplemente «contenido del derecho, prescindiendo de núcleos duros y periferias disponibles» (p. 47).

en sentido amplio, que emerge en la segunda mitad del siglo XX y que se ha consolidado en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales¹²⁴.

Como precisa Bernal, a su vez se integra por tres subprincipios:

- El subprincipio de idoneidad, que impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo; y, en segundo lugar, que sea adecuada para favorecer su obtención (2003, p. 687).
- El subprincipio de necesidad, que implica que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a obtener el objetivo propuesto (p. 734).
- El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, que asume que la relevancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada, a su vez, por la relevancia de la realización del fin que persigue la intervención legislativa (p. 757).

Nuestro Tribunal Constitucional ha asumido el test de proporcionalidad con los tres precitados subprincipios a partir de la STC Exp. 0016-2009-PI/TC, expedida el 21 de setiembre de 2010, sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por Más de 1% de ciudadanos del distrito de Pichari (Rubio Correa, 2011, p. 61).

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE PROPIEDAD

Artículo 2. Toda persona tiene derecho: [...]

16. A la propiedad y a la herencia.

Artículo 70. El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley¹²⁵. 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.

¹²⁴ Esto ha sido asumido y desarrollado en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. Cabe citar, entre otras, STC 0045-2004-PI/TC, fundamento 33; 2235-2004-AA/TC, fundamento 6; a la STC 0050-2004-AI/TC y acumulados, fundamento 109; STC Exp. 0016-2009-PI/TC.

¹²⁵ López y López (2002, p. 270) diferencia límites y limitaciones al derecho de propiedad: «Límites, en este sentido, son los confines que encierran el contenido normal del derecho de propiedad, o sea, el régimen ordinario, variable, según las diversas categorías de bienes, de restricciones a que está sometido

2.1. La constitucionalización del derecho de propiedad

Como primer antecedente del constitucionalismo liberal, hemos citado líneas arriba al *Bill of Rights* de Virginia de 1776, que declarara como derecho natural, entre otros, al derecho de propiedad: «Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y poseen ciertos derechos innatos de los cuales, en el acto de constituirse en sociedad, no pueden por contrato privarse a sí mismos; y tales derechos son el correlato de la vida y la libertad, con los medios de adquirir y poseer en propiedad, y la búsqueda y la consecución de la felicidad y seguridad».

Asimismo, debemos citar al artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que proclamó que: «La propiedad es un derecho inviolable y sagrado, del cual nadie puede ser privado salvo en caso de evidente necesidad pública, legalmente acreditada y a condición de un justa y previa indemnización».

Así, desde los albores del constitucionalismo, el derecho de propiedad ya emergió entre los derechos fundamentales como derecho innato e inviolable¹²⁶.

el poder del propietario; limitaciones es término que acoge las diversas reducciones de dicho poder que, con variedad de causas, comprimen, en casos singulares, ese poder que de manera normal tiene el dueño de la cosa. En sede de disciplina constitucional, la distinción tiene una precisa relevancia: la imposición de límites es una “intervención delimitadora general” de la propiedad, y por consiguiente, no genera derecho a indemnización alguna; en cambio, la de limitaciones comporta una ‘intervención ablatoria singular’ y genera derecho a indemnización».

¹²⁶ Como señala Díez-Picazo: «se ha podido decir con razón que los postulados de la revolución francesa, más que *liberté, égalité et fraternité* fueron *liberté, égalité et propriété*» (1977, p. 41). Cabe señalar que una de las particularidades de la Constitución de la Quinta República francesa radica en la ausencia de disposiciones relativas a los derechos fundamentales en el texto de su articulado. La mayor parte de estos derechos se hallan reconocidos de forma indirecta en el Preámbulo, donde se proclama «la vinculación del pueblo francés a los derechos humanos y al principio de soberanía nacional» tal como se encuentran definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946. Empero, cierto sector de la doctrina ha sostenido que la constitucionalización del Preámbulo no suponía la de todas las disposiciones de la Declaración de 1789, sino solo de las relativas a los derechos humanos y al principio de soberanía nacional, ya que el Preámbulo de la Constitución de 1958 declaraba la vinculación del pueblo francés solo a estos aspectos de la declaración. Precisa Pierre Bon: «Habida cuenta, sin embargo de la redacción del Preámbulo de la Constitución de 1958, cierto sector de la doctrina ha sostenido que la constitucionalización del Preámbulo no suponía la de todas las disposiciones de la Declaración de 1789, sino solo de las relativas a los derechos humanos y al principio de la soberanía nacional, ya que el Preámbulo de la Constitución de 1958 declaraba la vinculación del pueblo francés solo a estos aspectos de la Declaración. En consecuencia, el derecho de propiedad no tendría carácter constitucional ya que para cierto sector de la doctrina difícilmente puede considerarse que el derecho de propiedad es un derecho humano. Pero ese no ha sido el análisis del Consejo Constitucional, el cual en la sentencia 81-132 DC, de 16 de enero de 1982, recaída en relación con ciertas nacionalizaciones, reconoció el pleno valor constitucional del derecho de propiedad en una fórmula que sería luego parcialmente matizada en la sentencia 89-256 DC, de 25 de julio de 1989» (Bon, 2016, pp. 125-126).

En el siglo XIX, el artículo 544 del Código Civil de Napoleón (1804) definió al derecho de propiedad como «el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la forma más absoluta, siempre que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos».

Este liberalismo clásico se consolida durante el siglo XIX y su proyección en los textos constitucionales se manifiesta en los siguientes aspectos:

1. La propiedad privada es un derecho fundamental del individuo reconocido constitucionalmente;
2. Este derecho se encuentra tutelado con una diversidad de garantías, entre ellas el carácter excepcional y tasado de la expropiación: nadie puede ser privado de su propiedad si no es por causa de utilidad pública, previa oportuna indemnización y dando cumplimiento a las garantías del procedimiento expropiatorio (Diez-Picazo 1977, p. 41).

El derecho de propiedad es un derecho subjetivo con los siguientes rasgos:

- Es un derecho de goce del máximo contenido (p. 42)¹²⁷. Otorga un derecho de goce en su máxima plenitud que consiste en poder someterla a la voluntad de su titular en todos sus aspectos y obtener de ella toda la utilidad que pueda prestar en cualquiera de ellos (Albadalejo, 1977, pp. 243-245).
- El propietario es el árbitro final del destino que a la cosa se haya de dar (Diez-Picazo, 1977, p. 42).
- La excepcionalidad de las limitaciones del dominio. Partiendo de la regla de la inviolabilidad frente a las intromisiones del poder estatal, las limitaciones a este derecho son consideradas como algo anormal o excepcional, como la derogación de un principio y, en consecuencia, como algo sometido a una interpretación restrictiva (Diez-Picazo, 1977, p. 42). La Constitución peruana de 1993 en su artículo 70 contiene una cláusula de reserva de ley cuando declara que: «Se ejerce en armonía con el bien común, dentro de los límites

¹²⁷ Comentando el artículo 923 del Código Civil peruano que define a la propiedad como «el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley», el profesor Jorge Avendaño Valdez precisaba que el derecho de propiedad es absoluto en el sentido de que «confiere a su titular todas las facultades, es decir, las de usar, disfrutar y disponer del bien objeto del derecho. De lo dicho se plantea una aparente contradicción. ¿Cómo puede hablarse de un derecho absoluto y al mismo tiempo se admite que puede tener limitaciones? Lo que ocurre es que ningún derecho real confiere todas las facultades juntas. El único es la propiedad y, en este sentido —comparativo— debemos entender que es un derecho absoluto» (Avendaño Valdez, 2012, p. 111).

de la ley». En consecuencia, por lo menos originariamente, todas las limitaciones del derecho de propiedad privada deben proceder de una ley o tener su fundamento en la ley, que puede remitir a la colaboración de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo para su desarrollo y aplicación¹²⁸.

- La propiedad como un derecho exclusivo. La exclusividad es *erga omnes*, esto es, se puede oponer a todos y excluye su ámbito a todo otro titular (Avendaño Valdez, 1984, pp. 99-100).
- La propiedad como poder de disposición y de libre realización en el mercado. Conforme al artículo 923 del Código Civil peruano de 1984 la propiedad «es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien». Este poder de disposición faculta al propietario para enajenarla libremente. La libertad del comercio de la propiedad es, así, uno de los grandes principios del sistema jurídico (Diez-Picazo, 1977, p. 43). La libertad de enajenación está sometida solo a la voluntad del propietario y el precio de mercado, esto es, se fija por acuerdo entre las partes. Así, es esencial su contenido económico en el desarrollo de una economía de mercado.

Dentro de esta concepción liberal, el derecho de propiedad debe conectarse con otros principios y derechos constitucionales, tales como la prohibición de retroactividad de las leyes, prevista en el artículo 103 de la Constitución: «Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorece al reo». Así, el derecho de propiedad debe entenderse como un límite a una nueva regulación legislativa de derechos patrimoniales que pretendiera afectar derechos adquiridos como situaciones ya incorporadas al patrimonio (Rodríguez de Santiago, 2008, pp. 171-172).

Finalmente, asumimos la tesis de Diez-Picazo sobre la naturaleza del derecho de propiedad: no es ahistórico, atemporal y rígidamente inmutable por sustentarse en el derecho natural, sino que es un concepto, en gran parte formal, que por sí solo indica titularidad o atribución y que es de contenido históricamente variable (1977, p. 46).

¹²⁸ Cabe citar al ordenamiento constitucional francés que ha desarrollado de manera relevante el concepto de reserva legal. En ese sentido, cuando se trata de regular los principios fundamentales del régimen de propiedad privada, es el legislador el único que tiene atribuida la competencia y, en consecuencia, la actuación de la potestad reglamentaria será inconstitucional. Por el contrario, el poder reglamentario autónomo está legitimado para intervenir cuando no se trate de regular los principios fundamentales del régimen de propiedad privada. Por supuesto, será el juez, constitucional o contencioso administrativo, el que, en caso de duda, decida la cuestión de si estamos o no ante un principio fundamental del régimen de propiedad privada (Bon, Pierre, 2016, p. 128).

2.2. La propiedad en sentido constitucional

La propiedad en sentido constitucional es más amplia que la propiedad civilista o del derecho privado. No se agota en el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien (como en el artículo 923 Código Civil). Así lo ha asumido también el Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 008-2003-PI caso Roberto Nesta Brero, en la que precisó: «Así mientras que en este último el objeto de la propiedad son cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no se queda enclaustrada en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad in totum de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica».

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, la definición constitucional de propiedad comprende «todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad» (Bidart Campos, 1986, p. 323).

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español constituyen propiedad en sentido constitucional las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial: «La eficacia y protección del derecho individual —nazca de una relación pública o de una privada— dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo»¹²⁹.

A nivel de la jurisprudencia supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han desarrollado estándares respecto al derecho de propiedad tutelado por el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* declaró que el concepto de bienes abarca todo derecho que se integre al patrimonio de la persona:

122. Los ‘bienes’ pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier objeto inmaterial susceptible de valor¹³⁰.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha desarrollado un concepto de «bienes» tutelados por el artículo I del Protocolo Adicional

¹²⁹ STC 99/1987, de 11 de junio (caso «Reforma del régimen de la función pública»), fundamento jurídico 6, b).

¹³⁰ Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, párrafo 122.

al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que incluye hasta los derechos y obligaciones que emergen de un laudo arbitral (caso *Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis* contra Grecia); la clientela adquirida por un profesional (caso *Van Marle* y otros contra Países Bajos); la titularidad de la gestión de un restaurante (caso *Tre Traktörer Aktiebolag* contra Suecia); entre otros contenidos (Salmón & Blanco, 2012, p. 27).

En el caso *Cinco pensionistas vs. Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos calificó a las pensiones como un contenido del derecho de propiedad:

102. En este orden de ideas, el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-ley 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido¹³¹, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas¹³².

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, se asumió que, si bien el derecho de pensión es un derecho adquirido, conforme al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los Estados pueden imponer limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de interés social o utilidad pública (STC Exp. 0050-2004-AI/TC y otros, fundamento 96).

Cabe precisar que el sentido constitucional de la propiedad en nuestra Norma Suprema no protege las meras expectativas de que permanezca intangible una regulación legal patrimonialmente ventajosa o una situación objetiva no incorporada al patrimonio personal¹³³.

2.3. La función social del derecho de propiedad. Interés público e interés social

El concepto de propiedad evolucionó de un derecho subjetivo —bajo el reino de la voluntad del propietario— al interés del propietario merecedor de tutela por la sociedad. Esta formulación va ligada a la obra del jurista alemán Rudolf von Ihering (1818-1892).

¹³¹ Sobre el derecho previsional como contenido del derecho previsional en el derecho constitucional argentino, véase Bidart Campos (1986, pp. 327-328), quien señaló que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, una vez que pasa en autoridad de cosa juzgada administrativa, el acto de otorgamiento del beneficio es inmutable y apareja adquisición de un derecho irrevocable. El derecho emergente del acto otorgante se desglosa en dos aspectos: (i) el status personal del jubilado o pensionista, en quien es titular del beneficio, y del cual no puede ser privado; (ii) el goce o disfrute del beneficio, que normalmente consiste en el cobro periódico de una suma de dinero; el monto, cuota o haber del beneficio no es intangible, y puede ser disminuido al futuro mediando causa razonable, siempre que la rebaja no sea confiscatoria.

¹³² Corte IDH. Caso *Cinco pensionistas vs. Perú*, párrafo 102.

¹³³ En ese sentido, en la jurisprudencia constitucional española STC 108/1986, de 29 de julio, fj. 16; STC 227/1998, de 29 de noviembre, fj. 12).

En una segunda transformación, se formula la teoría del abuso del derecho, según la cual se produce tal abuso cuando la propiedad no es ejercida de acuerdo con su finalidad normal de aprovechamiento económico. Así, se prohíbe el arbitrio caprichoso de su titular. El concepto de abuso del derecho está unido a la importantísima aportación doctrinal de dos juristas franceses: Raymond Saleilles (1855-1912) y Louis Josserand (1868-1941)¹³⁴.

Finalmente, desemboca en el concepto de función social, según el cual la propiedad no solo comporta facultades como derecho subjetivo, sino que a este se añaden, aún sin desvirtuar el núcleo de utilidad individual, los deberes sociales: se ejerce un poder propio de interés del titular, pero al mismo tiempo este ejercicio del derecho ha de ser encaminado a la satisfacción de intereses de la colectividad. Esta idea de función social se vincula a la obra del eminente jurista francés León Duguit (1859-1928) (López y López, 2002, p. 251)¹³⁵.

Este nuevo concepto infiere sus planteamientos de la fundamentación liberal de la propiedad: si esta se justifica por la función que cumple —ser el medio más eficiente de gestión de los bienes económicos— no puede abandonarse al puro arbitrio de su titular; debe aprovecharse de forma productiva para procurar una función social (Bassols, 1988, pp. 114-115).

Así, el derecho de propiedad fue evolucionando durante el siglo XX con el surgimiento del Estado social de derecho, que tiene como uno de sus pilares a la función social de la propiedad, que encuentra sus raíces en el artículo 27 de la Carta de Querétaro de 1917 y en la Constitución del Reich Alemán del 14 de agosto de 1919 (Constitución de Weimar) (Horn, 2001, p. 154).

En ese contexto histórico, Guetzevitch afirmaba que «en el siglo XX, el sentido social de derecho no es solo una doctrina, no es solo una escuela jurídica, es la vida misma» (Guetzevitch, 1931, p. 37).

De este modo, la propiedad de derecho subjetivo e inviolable pasó a ser un derecho que entraña obligaciones, cuyo uso debe estar simultáneamente al servicio del bien común (artículo 153 de la Constitución de Weimar)¹³⁶.

¹³⁴ Sobre el abuso del derecho, Avendaño Valdez (1984, p. 116) señala, citando a Josserand: «El llamado “abuso del derecho” es materia controvertida. Se dice que los términos abuso y derecho son excluyentes: desde el momento en que se abusa de un derecho, ya no estamos en presencia de un derecho sino de un acto ilícito. Josserand, el notable jurista francés, cree que hay que distinguir: (i) el caso que se obra sin derecho pero de modo impropio (se ejecuta, en realidad, un acto ilícito); y (iii) el caso en que se actúa en virtud de un derecho y de acuerdo a su fin, pero de modo excesivo».

¹³⁵ Duguit (2007, p. 267) asume que el principio de solidaridad e interdependencia social da inicio a todo el ordenamiento jurídico, que en él encuentra su idea de justicia y que debe ser expresada en la norma jurídica.

¹³⁶ En esa misma dirección, el artículo 42 de la Constitución italiana de 1947 que establece: «Se reconoce la propiedad privada y la garantiza la ley, la cual determina los modos de adquirirla y de disfrutarla

La nueva concepción de la función social de la propiedad impactó en el Perú en el Congreso Constituyente que aprobó la Constitución de 1933. En el capítulo de las garantías nacionales y sociales del título II («Garantías constitucionales») se advierte la influencia de la Constitución de Weimar, así como de la Constitución de Querétaro de 1917. Sobre las garantías sociales, Trueba Urbina afirmó: «Son los derechos del hombre-social; es decir, los derechos del hombre vinculado colectivamente y de los grupos débiles [...] las garantías sociales tutelan económicamente débiles frente a los poderosos, frente al hombre insaciable de riqueza y de poder librar al hombre de las garras de la explotación y de la miseria» (1971, pp. 226-227).

En esa dirección, el artículo 34 consagró la función social de la propiedad, a la que a su vez, siguiendo a las anteriores constituciones liberales, había declarado inviolable en el artículo 29: «Art. 34°. La propiedad debe usarse en armonía con el interés social. La ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad».

En el debate constitucional sobre la naturaleza del derecho de propiedad deben resaltarse las intervenciones de los representantes socialistas Castro Pozo, Feijoo Reina y Arca Parró en el Congreso Constituyente Democrático¹³⁷.

Así, el derecho de propiedad privada se legitimó en la Constitución de 1933 precisamente por su función social. Es importante destacar que el artículo 29 de la Constitución de 1933, que regulaba la expropiación fue reformado el 28 de noviembre de 1964 mediante la ley 15242, para establecer el interés social como causal de expropiación para facilitar la reforma agraria¹³⁸.

y sus límites, con la finalidad de asegurar sus *funciones sociales* y de hacerla accesible a todos». Asimismo, «La propiedad privada puede ser expropiada en los casos que prevé la ley, y salvo indemnización, por motivos de interés general». Esa orientación es incorporada en el numeral 2 del artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que declaró que: «La propiedad obliga. Su uso debe servir asimismo al bienestar general». El artículo 29 de la Constitución japonesa de 1946 que declaró que: «El derecho de propiedad será regulado por la ley, de conformidad con las exigencias del bienestar general».

¹³⁷ «El representante Castro Pozo, al plantear la discusión sobre el carácter inviolable de la propiedad, fundamentalmente a la que tiene carácter material, se refiere al servicio que presta la propiedad intelectual a la colectividad: “no puede decirse que un libro desde el instante mismo que él es escrito pertenece a quien le escribió; ese libro se hace de la sociedad, ese libro sirve precisamente para todos aquellos que necesitan de él, para aprovechar de sus enseñanzas y cultivar su espíritu con el contenido de sus páginas”. Otro representante socialista, Arca Parró, al criticar el texto de lo que terminó siendo el art. 29 de la Constitución de 1933 sobre propiedad, señaló que representaba la mentalidad máxima del conservadurismo y de un exacerbado individualismo. Estas posiciones fueron contestadas por el representante Gamarra, defendiendo la propiedad individual e indicando que no se trata de un derecho absoluto e ilimitado sino sujeto al interés social» (Kresalja, 2009, p. 43).

¹³⁸ Así, el texto del artículo reformado declaró: «La propiedad es inviolable. A nadie se puede privar de la suya sino en virtud de mandato judicial o por causa de utilidad pública o de interés social, probada legalmente y previa indemnización justipreciada». Se agregó que cuando la finalidad de la expropiación sea la reforma agraria, irrigación, colonización o ensanche y acondicionamiento de poblaciones,

Las constituciones latinoamericanas se orientan en la tendencia de reconocer a la propiedad una función social desde el emblemático artículo 27 de la Constitución mexicana de 1917.

En Colombia, la Constitución de 1886 fue reformada en 1936 en la dirección del constitucionalismo social, durante el gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo. Así, se declaró a la propiedad como «una función social que impone obligaciones» y se subordina el interés privado al interés público en caso de conflicto (Botero, 2006, p. 90 ss.)¹³⁹.

En el régimen de propiedad, siguiendo esta tendencia, la Constitución cubana de 1940 subordinó su uso a su función social. Costa Rica adoptó en 1943 una constitución de orientación social que, al igual que la Constitución peruana de 1933, incorporaba una sección denominada «Garantías sociales», consagrando la función social de la propiedad.

Argentina se incorpora al constitucionalismo social con la reforma constitucional de 1949, bajo el régimen de Juan Domingo Perón. Así, el artículo 38 de la Constitución proclamó que la propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común.

En Venezuela, la Constitución aprobada el 16 de enero de 1961 estableció en el artículo 98 la función social de la propiedad, en cuya virtud este derecho estará sometido a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. El artículo 101 dispuso que solo por causa de utilidad pública o de interés social, mediante sentencia firme y pago de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes. Se declaró en el artículo 105 que el régimen latifundista es contrario al interés social.

Si bien la Constitución chilena de 1925 incluía algunas disposiciones de constitucionalismo social, consideramos que este recién empieza a configurarse en esa república a partir de la reforma constitucional de 1967, mediante la ley 16615, del 20 de enero,

o de expropiación de fuentes de energía o por causa de guerra o calamidad pública, la ley podrá establecer que el pago de la indemnización, se realice a plazos o e armadas o se cancele mediante bonos de aceptación obligatoria. El destacado civilista peruano Jorge Avendaño Valdez (1994) define al interés social en los siguientes términos: «es cualquier forma de interés prevaleciente al individual del propietario. El adjetivo “social” como complementario del antiguo “público” es expresivo de la evolución de la institución expropiatoria: es la sociedad directamente quien se beneficia y a la cual revierte la actividad expropiatoria, mientras que en el sistema de la “utilidad pública” el papel era ocupado por un ente público, sin que mediara la intención de conformar el orden social» (p. 121).

¹³⁹ En esa dirección, la propiedad es un poder funcional en el que las facultades de goce y disposición para ser merecedoras de la tutela del derecho, no pueden ir acompañadas de cualquier interés, sino tan solo de aquellos intereses predeterminados por la propia Norma Suprema para cuya satisfacción ha sido funcionalizado el derecho mismo. Véase Chang Lobatón, 2014, p. 60.

que modificó el artículo 10, núm. 10 de la Norma Suprema, que regulaba el derecho de propiedad, sustituyendo la disposición anterior por una nueva con los siguientes aspectos innovadores: (i) el contenido de la garantía constitucional de la propiedad; (ii) las limitaciones y función social de la propiedad; (iii) la regulación de la expropiación; y (iv) la regulación constitucional del dominio público.

Con relación a las limitaciones de la propiedad, se estableció que la ley establecerá las limitaciones y obligaciones de la propiedad de manera que se asegure «su función social» y «hacerla accesible a todos»¹⁴⁰. Agrega que la función social de la propiedad comprende «los intereses generales del Estado, la utilidad y la salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes».

Así, se modificó la regulación de la potestad expropiatoria y las garantías patrimoniales del expropiado. La Constitución de 1925 establecía que «nadie puede ser privado de la [propiedad] de su dominio, ni de una parte de ella, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley». La reforma de 1967 estableció adicionalmente como causal de expropiación al interés social calificado por el legislador. Se garantizó el derecho del expropiado a la indemnización, cuyo monto y condiciones de pago se determinarán «equitativamente, tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados», disposición que sigue el antecedente del artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

La Constitución colombiana de 1991, con marcada influencia del neoconstitucionalismo, es un documento de afirmación y consolidación institucional del Estado social de derecho, particularmente por la rica obra jurisprudencial de la Corte Constitucional. Su artículo 58 ratifica que la propiedad constituye una función social en sí misma y no un límite externo:

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación, podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contencioso administrativa, incluso respecto al precio.

¹⁴⁰ Esta disposición es un claro antecedente del artículo 124 de la Constitución peruana de 1979 que declaraba que: «El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades». Este fin social del Estado, de igualdad sustantiva, fue suprimido en la Constitución peruana de 1993.

Asimismo, debe destacarse la Constitución venezolana de 1999 (Brewer-Arias, 2004, I, p. 46), que garantizó en el artículo 115 el derecho de propiedad, que «estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general». Se previó que solo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.

Estas referencias históricas son muy relevantes, por cuanto la Constitución peruana de 1993 suprimió el concepto de función social de la propiedad. Así, el constituyente de 1993 nos ha retrotraído al derecho de propiedad del Estado liberal de derecho, aislado con relación a intereses sociales.

En otra parte expuse por qué tenemos buenas razones para violar los derechos de alguien, si eso evita peores consecuencias—por ejemplo, una violación más grave de los derechos de otras personas— [...] Por ejemplo, la violación de los derechos de propiedad de algunas personas puede evitar una hambruna y mortandad crecientes. O —para considerar un tipo de ejemplo diferente— la violación de los derechos a la intimidad de alguien puede procurar la información necesaria para evitar que otra persona sea golpeada, secuestrada, violada o asesinada. No está del todo claro que por qué violar los derechos de propiedad o de intimidad ha de ser rechazable —considerándolo todo— en los casos especificados. Esta necesidad de considerarlo «todo» por decirlo así, hace que sean difíciles de defender las propuestas de derechos absolutos e independientes de las consecuencias.

Bienestar, justicia y mercado
Amartya Sen

La mayoría del denominado Congreso Constituyente Democrático (CCD) se opuso a conservar explícitamente el concepto jurídico de interés social en el texto de la Norma Suprema. La razón de esta oposición es clara: por las potencialidades de intervención estatal que en sentido transformador de las relaciones socioeconómicas supondría la función social de la propiedad (Fernández Miranda, 2003, p. 172). Así, se desconoció que el derecho de propiedad es siempre relativo (Castillo Freyre & Vázquez Kunze, 2004, p. 71). Se ignora que la función social es un concepto que histórica y culturalmente contribuyó a legitimar el derecho de propiedad (Mattei, 2005, p. 10), y desde su pluralidad de interpretaciones ha servido para modular el ejercicio del derecho de propiedad a la medida de la evolución de las circunstancias socioeconómicas (Bassols, 1988, p. 116).

Hay que reconocer que una posición discordante dentro de la mayoría del CCD fue esgrimida por los juristas Carlos Ferrero Costa y César Fernández Arce, quienes

defendieron la permanencia explícita de la función social de la propiedad en el texto fundamental.

Así, Ferrero sostuvo que:

En realidad, si aceptáramos que para evitar la interpretación de que la propiedad se entienda como un derecho absoluto, pudiéramos ponerle el apellido que le corresponde diciendo que se ejerce conforme a la función social, entonces siempre nos encontraríamos con el problema de tener que escoger entre varias alternativas de palabras: la «utilidad social», otra es la «función social», otra es «el bien común», otra es la «utilidad pública»; términos que en el fondo revelan el mismo concepto. Sin embargo, nosotros hemos preferido utilizar la frase «interés social», porque es la misma que recogen las últimas dos constituciones que ha tenido el Perú, y porque, además es la que recoge el Código Civil vigente (CCD, 1998, p. 888).

Por su parte, Fernández Arce afirmó: «La función de la propiedad privada no se agota únicamente en dar el servicio al individuo que la posee, porque ella tiene, además una función eminentemente social que la hace estar siempre abierta para que las personas alcancen el sustento. Por ello, debe ser regulada procurando servir al bien común, y está gravada por una hipoteca social, como dice Juan Pablo II» (p. 892).

La mayoría fujimorista del CCD reaccionó contra la utilización del concepto de «interés social» como causal de expropiación para fines de reforma agraria y como instrumento técnico-jurídico habilitante para la intervención del Estado afectando el derecho de propiedad (Avendaño Valdez, 1984, p. 114). Se sustituyó el concepto de «interés social» por el de bien común, que es citado con frecuencia por la doctrina social de la Iglesia Católica¹⁴¹. Empero, no se incluyó al bien común como causal de expropiación¹⁴².

Pese a ello, y contra la intención de sus autores, la Constitución, leída en interpretación sistemática con los tratados de derechos humanos, tiene una perspectiva social (Gonzales Barrón, 2011, p. 165).

¹⁴¹ La referencia al bien común puede encontrarse en la definición de función administrativa en sentido material que propone Cassagne, 1998, p. 82.

¹⁴² El concepto de interés social si subsistió en la Carta de 1993 pero solo como límite constitucional al derecho de huelga en el inciso 3) del artículo 28°. Es interesante destacar que la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución contenida en la ley 28389, al suprimir la protección a los derechos adquiridos en materia del régimen de pensiones del Estado declara que: «Por razones de *interés social*, las nueva reglas pensionarias establecidas por ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas de los regímenes pensionarios a cargo del Estado, según corresponda».

En esa dirección, la Corte IDH ha desarrollado una importante jurisprudencia, por la cual la propiedad satisface el bien común mediante su función social. Sobre el particular, cabe citar la sentencia de excepción preliminar y fondo, de 6 de mayo de 2008, caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.

60. El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional.

Sobre la diferencia entre interés público e interés social, cabe señalar que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el interés público no necesariamente debe incidir sobre el conjunto de la sociedad, sino que es suficiente que beneficie a un grupo específico por razones de justicia social, propias de la vida en comunidad (caso James contra Reino Unido, párrafo 41).

En la doctrina nacional, Danós —en posición que compartimos— asume que el interés público se identifica con el bienestar general de la población, que es un fin social del Estado, conforme al artículo 44 de la Norma Suprema:

Suscribimos el comentario de la profesora Odere Medaur, para quien, aunque se acepte que es una tarea muy difícil de determinar un concepto preciso de interés público, sí es posible entenderlo como un concepto asociado al deber de satisfacer el bienestar de la población, a una percepción de las exigencias de la sociedad, similar a la caracterización que hace Nicolás López Calera del interés público como un compendio de los fines prevalentes de un orden jurídico y político, de un Estado democrático (Danós, 2018, p. 90).

En opinión de Gonzales Barrón, la diferenciación entre bien común e interés social ha devenido en jurídicamente irrelevante en nuestro sistema jurídico:

Por lo demás, el tema queda zanjado si tenemos en cuenta que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en forma expresa que el uso de la propiedad de los bienes queda sujeto a las medidas de limitación o intervención fundadas en el interés social (art. 21). En suma, el bien común y el interés social son conceptos vinculados en donde uno engloba al otro, en cuyo caso casi nada hay que discutir, pues el Código Civil se complementa con la Constitución, ya que ambas nociones son compatibles y una es la causa eficiente de la otra. Por el contrario,

si los liberales insisten en afirmar que el bien común y el interés social son conceptos distintos, entonces su distinción es bizantina por inútil. En efecto, según la Constitución (art. 70) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21), la propiedad privada en el Perú se encuentra igualmente sometida a ambos estándares. La primera norma consagra que la propiedad se ejerce conforme al bien común; mientras que la segunda establece que la propiedad se subordina al interés social. En resumen, ambas permiten fundar limitaciones en nuestro sistema jurídico, y siendo así, ¿para que serviría distinguirlas? (Gonzales Barrón, 2011, pp. 182-183).

En la doctrina española, Barnés afirma que el contenido esencial del derecho de propiedad está penetrado por su utilidad económica y función social:

El contenido esencial parece comprender dos elementos inescindibles: la rentabilidad económica, que trae su origen de la explotación de los bienes, alcanzada de tal modo que haga accesible a todos el disfrute y participación en los bienes económicos; aprovechamiento del titular que permita la difusión de los bienes y sus utilidades; rentabilidad económica y rendimiento social; fin individual y utilidad social; es decir, aprovechamiento económico ejercido con eficacia social difusiva (Barnés Vásquez, 1989, p. 285).

Sobre el régimen jurídico de la función social de la propiedad, cabe citar al Tribunal Constitucional español, en la sentencia de 37/87 de 6 de marzo, que considera a la *función social* de la propiedad como un componente estructural del derecho de propiedad, de modo que:

La fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.

Correspondió a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú restituir explícitamente la función social de la propiedad en el régimen económico. Así, en la sentencia del caso Roberto Nesta Brero, el Tribunal Constitucional afirmó en el fundamento 26:

Ahora bien, nuestra constitución reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo (derecho individual) sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata en efecto de un 'instituto' constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe los

derechos fundamentales como derechos absolutamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son solo una categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria.

La exigencia de la funcionalidad social surge del principio de justicia; es decir dentro del Estado democrático y social de derecho, la propiedad no se agota en un cometido individual, sino que se despliega hasta lograr una misión social, por cuanto esta debe ser usada también para la constitución y el ensanchamiento del bien común.

El propietario dispondrá, simultáneamente, del poder de emplear su bien en procura de lograr la satisfacción de sus expectativas e intereses propios y los de su entorno familiar, y el deber de encauzar el uso y disfrute del mismo en armonía y consonancia con el bien común de la colectividad a la que pertenece.

La precitada doctrina jurisprudencial fue consolidada en la STC Exp. 0048-2004-PI/TC, caso Ley de regalía minera:

76. Nuestra Constitución reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo, conforme a los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, sino como una garantía institucional, a tenor del artículo 70°, según la cual el Estado garantiza la inviolabilidad de la propiedad, la cual debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley.

77. Dicho artículo es acorde con las finalidades del Estado social y democrático de derecho, que reconoce la función social que el ordenamiento reserva a la propiedad, la cual es inherente el derecho mismo.

78. Cuando nuestra constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites *legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial.*

79. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

80. En consecuencia, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, como lo enfocan los demandantes, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social. No hay duda que las acciones que el Estado lleva a cabo respecto a los bienes que, siendo patrimonio de la Nación, son concedidos en dominio privado, se encuentran legitimadas cuando se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma. [...]

84. Ahora bien, como ya se ha señalado, cuando el artículo 70° de la Constitución establece que el derecho de propiedad se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites que establece la ley, presupone de un lado que el ejercicio del derecho de propiedad de los particulares se desenvuelva de manera acorde con la función social que es parte del contenido esencial del derecho; y, por otro, que las actuaciones e intervenciones del Estado se sustentan en el interés general para el logro del bien común.

85. El bien común y el interés general son principios componentes de la función social de la propiedad (cursiva agregada).

En esa dirección, en el fundamento 11 de la STC Exp. 0030-2004-AI/TC, caso Adolfo Urbina Lizama, el Supremo Tribunal asumió al derecho de propiedad como un derecho subjetivo y, a su vez, como una institución objetiva valorativa. Asimismo, declaró al bien común como un principio y un valor constitucional, con lo que se afirma la primacía de los intereses sociales:

En efecto, desde la perspectiva constitucional, el derecho fundamental a la propiedad, como los demás derechos, posee un doble carácter: de derecho subjetivo y, a su vez, *de institución objetiva valorativa*. Es decir, en nuestra constitución se reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo o individual, sino también como una institución objetiva portadora de principios y valores.

Dado su doble carácter, el derecho fundamental a la propiedad no es solo un derecho absoluto, sino que tiene limitaciones que se traducen en obligaciones y deberes a cargo del propietario, las cuales se encuentran previstas legalmente. Ello obliga, por un lado, a que el Estado regule su goce y ejercicio a través del establecimiento de límites fijados por ley; y por otro, impone al titular del derecho el deber de armonizar su ejercicio con el interés colectivo. *La función social es, pues, consustancial al derecho de propiedad y su goce no puede ser realizado al margen del bien común, el cual constituye, en nuestro ordenamiento constitucional, un principio y un valor constitucional*» (cursiva agregada).

En la doctrina mexicana, Burgoa, referido por Roldán Xopa, asume al bien común desde una concepción solidaria de la sociedad:

El bien común es la meta ética de las leyes y de la política. El ser humano es un ente ético-político; es sujeto de derechos y de obligaciones individuales públicas (Duguit). En ese sentido, el derecho debe garantizar una esfera mínima de acción y tales libertades se rigen por el derecho, el cual erige derechos públicos subjetivos a partir de principios éticos propios de la naturaleza. Correlativamente a las libertades, los límites y las prohibiciones son necesarios para mantener el orden de la sociedad y preservar sus intereses. El individuo debe desempeñar su actividad,

no solo para lograr su felicidad individual, sino para ejercer sus funciones sociales. Para atender las desigualdades el Estado debe tratar igualmente a los desiguales y desigualmente a los desiguales. El intervencionismo del Estado en lo económico se justifica. Igualdad/equidad. Intervención pública para igualar. Así, el orden jurídico que tienda al bien común puede válidamente establecer restricciones a las libertades; los derechos, así, son autolimitaciones al poder (Roldán Xopa, 2017, p. 207).

En esa dirección, el bien común está directamente relacionado con el valor superior de la solidaridad, asumido y difundido ampliamente por la doctrina social de la Iglesia Católica. Asimismo, la naturaleza axiológica del bien común lo identifica como un bien jurídico adecuado a la satisfacción de las necesidades básicas del ser humano (Pérez Luño, 1977, p. 239, citando a Avelino Quintas). Cabe señalar que, en el humanismo cristiano, la doctrina del destino universal de los bienes y el carácter instrumental de la propiedad privada se remontan a los primeros siglos del cristianismo.

Su primer antecedente en las encíclicas papales lo encontramos en la *Quadragesimo Anno* de Pío XI, del 15 de mayo de 1931. Por su parte, Juan XXIII definió al bien común como el conjunto de condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su propia persona (*Mater et Magistra*, n. 65; de 15 de mayo de 1961). En *Pacem in Terris*, n. 64, de 11 de abril de 1963, vinculó al bien común con la satisfacción de las necesidades humanas (alimento, vivienda, sanidad, etcétera).

Sobre la relación entre el bien común y las necesidades básicas de la persona humana, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Confederación Suiza (1996) declaró: «El aseguramiento de necesidades humanas como alimento, ropa, vivienda, es condición de existencia y desarrollo humano por excelencia. Al mismo tiempo es parte indispensable para el “bien común” del estado de derecho».

En la línea del Estado social de derecho, el Tribunal Constitucional, en el caso Ley de Regalía Minera, rescató el concepto de función social de la propiedad, eliminado del texto fundamental por el constituyente de 1993. Así, en los fundamentos 78, 79 y 80, de la sentencia del 1º de abril de 2005, puntualizó que:

Quando nuestra constitución garantiza la inviolabilidad de la propiedad privada y señala que debe ser ejercida en armonía con el bien común y dentro de los límites legales, no hace más que referirse a la función social que el propio derecho de propiedad contiene en su contenido esencial. Esta función social explica la doble dimensión del derecho de propiedad y determina que, además del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

En consecuencia, el contenido esencial del derecho de propiedad no puede determinarse únicamente bajo la óptica de los intereses particulares, como lo enfocan los demandantes, sino que debe tomarse en cuenta, necesariamente, el derecho de propiedad en su dimensión de función social. No hay duda que las acciones que el Estado lleve a cabo respecto a los bienes que, siendo patrimonio de la Nación, son concedidos en dominio privado, se encuentran legitimadas cuando se justifican en la obligación de atender el bien común, que es la función social de la propiedad en sí misma.

En suma, para el Supremo Tribunal la función social de la propiedad no es un límite externo del derecho o limitación, sino que forma parte de su contenido, de modo que se configura según las exigencias de la función social que deba cumplir en cada caso, según la apreciación del legislador¹⁴³.

La sentencia del caso Ley de Regalía Minera ha permitido apreciar correctamente que nuestra constitución, más allá de la voluntad original de sus autores, asume la función social de la propiedad dentro del núcleo del derecho de propiedad, como instrumento para la consecución del bien común que permite al legislador modular el ejercicio del derecho fundamental. En consecuencia, son lícitas las intervenciones regulatorias o expropiatorias del Estado que permiten restringir los atributos del derecho de propiedad sobre ciertos bienes o restringir el ámbito de bienes susceptibles de apropiación privada¹⁴⁴.

Para la defensa de los intereses generales afectados por la propiedad privada, el Tribunal Constitucional español ha dejado entrever que el legislador está sometido a una prohibición de defecto (*Untermassverbot*) en defensa de los bienes jurídicos colectivos de los que es soporte el derecho de propiedad privada. Como explica Rodríguez de Santiago:

Esto sucedió con la defensa de los bienes de dominio público hidráulico conforme a los principios concretados en el artículo 132.1 CE (inalienabilidad, imprescriptibilidad, etc.). La Ley de Aguas de 1985 había reducido el plazo de derechos de aprovechamiento concedidos anteriormente a perpetuidad a un máximo (a partir de la entrada en vigor de la Ley) de setenta y cinco años. El Tribunal dijo al respecto,

¹⁴³ En la misma dirección de la jurisprudencia constitucional española, ver Albertí Rovira, 2004, p. 150.

¹⁴⁴ Es el caso de la regulación de las *essential facilities*, elaboración de la doctrina jurídica norteamericana que supone la ruptura con el concepto tradicional del derecho de propiedad. Como sabemos, en la concepción liberal clásica del Código Civil, la propiedad se define como el derecho de uso, disfrute y disposición en exclusividad. En la nueva regulación de servicios públicos para la competencia, la propiedad se afecta al uso de terceros para facilitar el acceso a las redes e infraestructura del operador dominante y se evita así el abuso de esta posición de dominio (cfr. López de Castro García Morato & Ariño Ortiz, 2001, p. 29). En la doctrina nacional, véase Kresalja y Quintana, 2005. Asimismo, Quintana Sánchez, 2014.

por lo que ahora nos interesa, que al regular el contenido de esos derechos de carácter patrimonial «el legislador no solo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general»; y que «debe entenderse que los derechos de aprovechamiento privativo a perpetuidad no son compatibles, en el plano de la efectividad no meramente formal de las normas jurídicas, con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público que el art. 132.1 CE consagra» (STC 227/1988, de 29 de noviembre, f. 11).

Con relación a las técnicas operativas de la función social de la propiedad, la doctrina italiana incluye 1) la falta de atribución al propietario de determinadas facultades, reducción del contenido de la propiedad, hecha con carácter general y definitivo en relación con los poderes del sujeto sobre una categoría de bienes; 2) el establecimiento de un conjunto de condiciones para el ejercicio de las facultades atribuidas, variables según los supuestos; y 3) la fijación de obligaciones y cargas que imponen una actividad al poder del propietario y que pueden determinar la pérdida de su titularidad o recortes en el ejercicio de las facultades nucleadas en el ejercicio del derecho (López y López, 2002, p. 269, citando a Stefano Rototà).

Así, en sentido amplio, la función social puede materializarse en limitaciones negativas del contenido del derecho, tales como por ejemplo la prohibición urbanística de ejecutar construcciones permanentes que puedan afectar la seguridad vial en una zona restringida colindante con el derecho de vía. También puede imponer al propietario el cumplimiento de cargas u obligaciones positivas, como el aprovechamiento agrícola de la tierra bajo propiedad agraria (Rodríguez de Santiago, 2008, p. 176).

El concepto jurídico del interés social ciertamente no es fácil de delimitar. Para Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, el interés social se identifica con cualquier forma de interés prevalente o superior al interés individual del propietario y que sea distinto de las obras y los servicios públicos (1999, p. 37).

Avendaño Valdez admite que se defina al interés social en un sentido amplio: «Cualquier forma de interés prevaleciente al individual del propietario. El adjetivo “social” como complementario del antiguo “público” es expresivo de la evolución de la institución expropiatoria: es la sociedad directamente quien se beneficia y a la cual revierte la actividad expropiatoria, mientras que en el sistema de la “utilidad pública” el papel era ocupado por un ente público, sin que mediara la intención de conformar el orden social» (1994, p. 121).

En la STC Exp. 008-2005-PI/TC, caso Juan José Gorriti y otros contra la ley 28175, en el fundamento 42, nuestro Tribunal Constitucional asume que el interés social «se utiliza como medida tuitiva a favor de sectores económico-sociales que soportan condiciones desventajosas de vida».

Diez-Picazo sostiene, en un sentido amplio, que la función social es un marco de subordinación del derecho de propiedad, esto es, fuente de especiales limitaciones del mismo (1977, p. 44). Duque considera que la función social es el instrumento técnico mediante el cual el legislador legitima nuevos poderes de injerencia sobre el ámbito de libertad atribuido por el derecho a nuevas categorías de personas que, teniendo en cuenta la naturaleza del bien, puedan entrar en relación con el mismo. La función social es así, originalmente, una fuente de doble legitimación: en primer lugar, de los órganos del Estado, en cuanto establecen leyes que rompen el aislamiento de la esfera de los intereses protegidos por el derecho exclusivo del empresario —o del propietario—, al ponerlos en relación con los intereses de otros sujetos relacionados con la actividad del mismo; en segundo lugar, como un criterio o medida de la legitimidad de los actos que realiza el titular del poder de empresa dentro del relativo ámbito de libertad que originariamente tiene atribuido (Duque Domínguez, 1977, pp. 66-67).

Asumimos el criterio de Font Galán, para quien el concepto de función social se debe definir técnico-jurídicamente a través del estudio de la constitucionalización de determinados intereses, y su promoción y tutela es directamente encomendada a los poderes públicos (Font Galán, 1979, pp. 223-224, n. 22). Así, por ejemplo, un programa de vivienda para personas de escasos recursos económicos puede calificarse como de interés social porque favorece a un sector determinado de personas o grupos para tutelar el derecho fundamental a la vivienda (Avendaño Valdez, 2003, pp. 189-190).

El interés público limita la propiedad en el sentido de que cuando resultan en conflicto los intereses de los particulares con el interés de la colectividad, el interés privado del propietario debe ceder ante el interés público. Valencia Zea resume así las limitaciones de esta clase:

- I. Los reglamentos relativos a la construcción de los edificios.
- II. Los reglamentos expedidos por razones de tranquilidad pública. Por ejemplo, prohibición del establecimiento de fábricas en zonas de vivienda.
- III. Los reglamentos que prohíben industrias peligrosas y que regulan las condiciones mínimas de salubridad.
- IV. Otras restricciones modernas, como por ejemplo:
 - la conservación de los monumentos históricos;
 - la regulación de los procesos de zonificación, urbanización, uso de la tierra y fraccionamiento de predios;

la conservación de los monumentos históricos;

la conservación de bosques, ríos y otros bienes por razones ecológicas;

las obras de defensa nacional, como por ejemplo no construir a determinada distancia de los cuarteles;

la ocupación de predios para servicios públicos, como por ejemplo: energía eléctrica, teléfonos, agua, desagüe, etc.;

en materia mobiliaria, la prohibición de la especulación y el acaparamiento así como el abuso del poder económico en general.

V. Finalmente, la expropiación por razones de utilidad pública o interés social, que constituye la limitación más importante de la propiedad

El principio de la función social de la propiedad puede admitir en sus múltiples concreciones configuraciones muy diversas. La función social, es como lo ha destacado la doctrina italiana, la causa principal de este pluralismo porque opera con una variedad de técnicas y sobre una pluralidad de bienes. De allí que pueda hablarse de una variedad de 'estatutos propietarios'. Esto a su vez, presupone una pluralidad de 'contenidos esenciales'. Hay que atender a la naturaleza del bien objeto del derecho para precisar el contenido esencial del mismo.

El derecho de propiedad en la Constitución
Jorge Avendaño Valdez

Todos los hombres y todas las entidades intermedias tienen obligación de aportar su contribución específica a la prosecución del bien común. Esto comporta el que persigan sus propios intereses en armonía con las exigencias de aquel y contribuyan al mismo objeto con las prestaciones —en bienes y servicios— que las legítimas autoridades establecen, según criterios de justicia, en la debida forma y en el ámbito de la propia competencia, es decir, con actos formalmente perfectos y cuyo contenido sea moralmente bueno o, al menos, ordenable al bien. La prosecución del bien común constituye la razón misma de ser de los poderes públicos, los cuales están obligados a actuarlo reconociendo y respetando sus elementos esenciales y según los postulados de las respectivas situaciones históricas.

Pacem in Terris
Juan XXIII

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.

Sollicitudo Rei Socialis
Juan Pablo II

Si bien no siempre es fácil precisar los linderos de la función social de la propiedad, implícitamente reconocida en la Constitución de 1993, existen exigencias socioeconómicas que la Norma Suprema encomienda al Estado atender o tutelar, y que permiten configurar técnico-jurídicamente a la función social:

1. La protección del patrimonio cultural de la Nación (artículo 21);
2. La orientación del desarrollo del país (artículo 58);
3. La actuación del Estado en las áreas de promoción del empleo, servicios públicos —económicos y sociales— e infraestructura de interés general (artículo 58);
4. La promoción de la pequeña empresa (artículo 59);
5. La vigilancia y el combate a toda práctica que limite la libre competencia y al abuso de posiciones dominantes o monopólicas (artículo 61);
6. La defensa del interés de los consumidores y usuarios (artículo 65);
7. La promoción del uso sostenible de los recursos naturales (artículo 67);
8. La fijación de límites y la extensión de la propiedad agraria por ley (artículo 88)¹⁴⁵;
9. La extinción de la propiedad privada agraria por abandono, según previsión legal (artículo 88);
10. El respeto de la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas, que implica la tutela de la propiedad comunal (artículo 89);
11. La planificación del desarrollo urbano y rural de las circunscripciones locales, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial (artículo 192.6)¹⁴⁶.

¹⁴⁵ «Se trata de una norma de carácter ecológico, que involucra los principios anti-latifundista y anti-minifundista, así como el ordenamiento territorial, por lo que no debe tener carácter meramente facultativa» (Figallo, 2005, I, p. 1082).

¹⁴⁶ En la doctrina nacional, Francia Acuña (2014), menciona: «Las transferencias de aprovechamiento urbanístico como mecanismo de gestión para la obtención gratuita como mecanismo de gestión para la obtención gratuita de suelos dotacionales y para compensar déficits de áreas verdes» (2014, p. 118). Si entendemos el derecho urbanístico como el «conjunto de reglas a través de las cuales la administración, en nombre de la utilidad pública, y los titulares del derecho de propiedad, en nombre de defensa de los intereses privados, *deben coordinar sus posiciones y sus respectivas acciones con vista a la ordenación del territorio*, es posible afirmar que se trata de la rama del derecho administrativo donde se observa una gran intervención del Estado a través del poder de policía y de la función de planificación» (cursiva agregada). Para Zegarra (2018, p. 390) la ordenación del territorio «es una función pública que responde fundamentalmente a la necesidad de controlar desde los poderes públicos el crecimiento espontáneo de las actividades humanas públicas y privadas».

2.4. La seguridad nacional como limitación al derecho de propiedad

Artículo 72. 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.

La Constitución peruana de 1993 introduce el bien jurídico de la «seguridad nacional» como limitación al derecho fundamental de propiedad. Así, el artículo 70 la prevé como causa de expropiación, y el artículo 72 contempla restricciones y prohibiciones temporales para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por esa misma causal.

Cabe señalar que la Constitución dedica el capítulo XII dentro del título IV («De la estructura del Estado») al régimen jurídico «De la seguridad y de la defensa nacional».

Como expresa la publicación del Centro de Altos Estudios Militares, *Planteamientos doctrinarios y metodológicos de la defensa nacional*, la doctrina de defensa nacional define la seguridad nacional en términos de supervivencia del Estado y de soberanía: «Es una situación en la cual el Estado tiene garantizada su existencia, la integridad de su patrimonio, sus intereses nacionales, así como su soberanía e independencia; entendida esta como la facultad de actuar con plena autonomía en el campo interno y libre de toda subordinación en el campo externo» (Rubio, 1999, p. 312). Como señala Rubio Correa, se podría inferir que la seguridad nacional alude a una diversidad de situaciones en las cuales la supervivencia de la Nación está en riesgo (p. 385)¹⁴⁷.

A nuestro juicio, en un sentido amplio, se deben asumir nuevos contenidos de la seguridad nacional, como señala en la doctrina mexicana Calleros Alarcón:

En sus inicios, el concepto se refería a la capacidad de un Estado para preservar la integridad del territorio, la soberanía y el control de sus fronteras, junto con el combate a riesgos potenciales a la integridad nacional o al sistema político y socio-económico. A lo largo de décadas, se agregaron diversos aspectos al concepto, como la protección ecológica, el combate a la delincuencia organizada, los riesgos de propagación de enfermedades infectocontagiosas a través de las fronteras, la amenaza del terrorismo internacional (Calleros Alarcón, 2010, p. 10).

¹⁴⁷ Rubio Correa señala como ejemplos de situaciones en que sería aplicable el artículo 72 de la Constitución de 1993, problemas de conflictos armados, fenómenos de contaminación radiactiva, plagas y epidemias en general, amenaza de grandes fenómenos naturales, amenazas de carecer especulativo, tanto del interior como del exterior que amenacen con hundir el valor de la moneda nacional.

Asimismo, la seguridad nacional está en conexión directa, en todas sus dimensiones, con la soberanía nacional, cuya defensa es un deber primordial del Estado conforme al artículo 44 de la Norma Suprema.

Empero, si se asume que la defensa nacional es un proceso integral que incluye a todas las personas, instituciones y actividades de la sociedad, entonces el ámbito de aplicación del artículo 72 puede ser discrecionalmente amplísimo.

Sin perjuicio de ello, existen ciertos recaudos para la tutela del derecho fundamental de propiedad que hay tener en cuenta cuando se trata de la aplicación del precitado artículo 72:

1. Se trata de normar situaciones de emergencia de carácter temporal que requieran para su aplicación, en cada caso concreto, de ley singular o especial que fije un plazo determinado de vigencia.
2. Dentro de la reserva de ley. En esta materia se deben regular con precisión las restricciones del derecho de propiedad por causa de seguridad nacional. En la doctrina nacional se afirma que las restricciones deben ser específicas y deben indicar los bienes comprendidos (Mejorada, 2005, p. 952).
3. No consideramos que sea viable invocar constitucionalmente el numeral 15 del artículo 118 de la Constitución («Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado»¹⁴⁸) a través de decretos de urgencia, al amparo del inciso 19 del precitado artículo 118 («Dictar medidas extraordinarias medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso»).
4. No consideramos que sean constitucionalmente viables las requisiciones de bienes con privación de la propiedad, sin indemnización previa, por causa de movilización nacional, por cuanto el artículo 72 no faculta al Estado para privar de la propiedad, sino en todo caso para restringir temporalmente la posesión, aun cuando produzca una privación de beneficios directos al propietario. Para privar de la propiedad se tiene que recurrir a la expropiación forzosa por causa de seguridad nacional prevista en el artículo 70.

¹⁴⁸ El antecedente de este artículo en el derecho comparado se ubica en el art. 16 de la Constitución francesa de 1958, que atribuye al presidente de la República poderes excepcionales que son controvertidos en la doctrina (cfr. Hakansson Nieto, 2001, pp. 364-365).

Artículo 71. En cuanto a la propiedad, los extranjeros sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

Una limitación muy relevante al derecho de propiedad de los extranjeros, por causa de seguridad nacional —no explícita— está prevista en el artículo 71 de la Constitución. En nuestra historia constitucional, el tema fue tratado por primera vez en el artículo 39 de la Constitución de 1920, y su antecedente encuentra sus raíces en la fracción I del artículo 27 de la Constitución mexicana de 1917, que estableció la denominada zona prohibida «en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras, y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio sobre tierras y aguas».

Es debatible que en la actualidad se mantenga una zona prohibida en una economía abierta y amigable a las inversiones extranjeras. En la doctrina mexicana, Arellano García defiende su conservación con los siguientes argumentos:

1. El establecimiento de las zonas prohibidas en fronteras tiene como antecedentes la pérdida de porciones territoriales muy extensas en México.
2. Si se eliminase, es previsible la afluencia de múltiples capitales extranjeros encauzados a la especulación comercial sobre inmuebles ubicados en zonas muy atractivas, como son las fronteras y costeras. En particular, las franjas fronterizas recibirían el impacto expansionista de compradores extranjeros, y ello perjudicaría indirectamente los intereses nacionales, que verían la elevación del valor de inmuebles y su capacidad adquisitiva sería menor a la que tienen los extranjeros.
3. No es necesario eliminar la prohibición en zonas fronterizas, aunque sea muy extensa la superficie de esas zonas, porque los extranjeros, si bien tienen prohibición de adquirir el dominio directo, tienen acceso al aprovechamiento de los inmuebles ubicados en tales zonas a través de contratos de arrendamiento y fideicomisos.
4. Si se eliminase la zona prohibida, los extranjeros adquirirían propiedades que tendrían acceso directo desde y hacia el exterior, y podrían convertirse en ámbitos territoriales en contacto directo con otros países sin tener que pasar por el territorio nacional.

5. De eliminarse, no habría límite en cuanto a la adquisición de mercaderías y satisfactores por extranjeros en la zona prohibida y, dado que ha crecido la posibilidad de acumular propiedades particulares, presuntamente consideradas pequeñas, llegaría el día en que la suma de propiedades en manos de extranjeros abarcaría grandes extensiones de tierras (Arellano García, *s/f*).

Es muy relevante destacar que el artículo 71 de la Constitución peruana no solo prohíbe la propiedad directa de los extranjeros sino también la indirecta. Berastain precisa lo siguiente:

[...] habrá propiedad indirecta de bienes ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de la zona de frontera, cuando una sociedad peruana sea formalmente la propietaria de dichos bienes, pero en su composición accionaria resulte vinculada a otra persona (natural o jurídica) o grupo económico extranjero que ejerza su control por recaer la titularidad del mayor porcentaje de acciones o participaciones precisamente en extranjeros. Aquí la prohibición constitucional se fundamentará en el hecho de que una persona extranjera titular de un mayor porcentaje de acciones de sociedad peruana tendrá mayor poder de decisión al momento de deliberar sobre el destino que se le dará al bien (Berastain, *s/f*).

En la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, la STC Exp. 04966-2008-PA/TC, caso Erasmo Mario Lombardi Perazzo, fundamento 6, asumió que el artículo 71 de la Norma Suprema tutela el bien jurídico Seguridad Nacional y que la prohibición comprende a los bienes de propiedad predial:

(i) La preservación del bien constitucional Seguridad Nacional (artículo 44° de la Constitución) exige tomar en cuenta que las zonas de frontera son las más susceptibles de ser afectadas por una invasión extranjera, la cual podría ser realizada de modo indirecto mediante la adquisición de terrenos en la zona por parte de extranjeros, en atención a lo cual requieren de una protección especial. Así, se justifica la restricción del derecho de propiedad a favor de la optimización de otro bien jurídico de relevancia constitucional, como lo es la Seguridad Nacional, que está directamente relacionada con la preservación de la soberanía del Estado.

(ii) La expresión «por título alguno»: Se observa que fue voluntad del constituyente poner énfasis en excluir cualquier forma o modo de transmisión de la propiedad que beneficie a los extranjeros otorgándoles la posibilidad de ser propietarios o poseedores de terrenos en zonas de frontera. Ello supone incluir los derechos sobre las tierras en las cuales se han levantado edificaciones en las ciudades, es decir, predios urbanos edificados, pues entendemos por predio urbano aquel que ha sido objeto de habilitación (se entiende la tierra o terreno o suelo) para ser incorporado a una zona urbana.

Así, la única excepción viable constitucionalmente al régimen de zona prohibida se sustancia en una valoración a partir del análisis de la necesidad pública, en cada caso concreto, expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, conforme a ley, que permitiría reconocer derechos de propiedad o posesión a los extranjeros.

2.5. La expropiación forzosa

2.5.1. Definición

El derecho de propiedad es un derecho fundamental que constituye garantía institucional del sistema económico, por lo que se debe respetar el carácter sustancial de su contenido esencial. La noción de un contenido esencial constituye una garantía con relación a aquellas figuras jurídicas que limitan su ejercicio o incluso con la expropiación forzosa, que directamente supone una privación del derecho de propiedad (Bassols, 1988, p. 125).

Con relación a la definición jurídica de la expropiación, Garrido Falla precisa entre los caracteres de la expropiación que puede no solo beneficiar al Estado sino a otro privado, y que la *causa expropriandi* debe ser de interés público:

Clásicamente se ha entendido bajo el nombre de expropiación forzosa un instituto de derecho público que consiste en la transferencia coactiva de la propiedad de un particular a una Administración Pública, a otro particular, por razón de interés público y previo pago de su valor económico.

Son dos las notas características en tal concepto: 1. Que la expropiación es una transferencia coactiva, lo que hacía de ella típicamente una institución de derecho público, no asimilable a la compraventa prevista en el derecho civil. 2. Que el expropiado tiene derecho a recibir una indemnización equivalente al valor económico de la cosa expropiada, lo que diferenciaba el instituto de otras figuras como la confiscación (Garrido Falla, 1986, pp. 295-296).

En la doctrina nacional, Avendaño Arana (2007) precisa acertadamente que el fundamento jurídico de la expropiación es la realización de los fines del Estado (p. 264). Empero, nuestro ordenamiento constitucional consagra en el artículo 70 un régimen jurídico de tutela preeminente al derecho fundamental de propiedad —en particular en materia de expropiación— y el ordenamiento legal lo profundiza a un extremo de conferir una hiperprotección, como la califican Huapaya y Sánchez Povich (2016, p. 112).

Así, el decreto legislativo 1192, «Ley marco de adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura», que

regula el régimen general de expropiaciones, solo prevé como beneficiario de la expropiación al Estado¹⁴⁹. En ese sentido restrictivo, el artículo 5 del decreto legislativo 1192, en sus numerales 5.3 y 5.4, prevé que será nula la adquisición o expropiación a favor de persona natural o jurídica privada, y que no podrán realizarse expropiaciones cuando se funden en causales distintas a las previstas en esta norma (necesidad pública y seguridad nacional).

La expropiación no es una excepción que permite la violación del derecho de propiedad, desde que fue prevista en el artículo 17 de la Declaración francesa de 1789 precisamente como una garantía contra la confiscación. La esencia de la expropiación se funda en la primacía del interés público frente a las situaciones de titularidad de propiedad concretas que resultan sacrificadas. Así, la expropiación no vulnera el derecho de propiedad, por cuanto los afectados deben ser indemnizados, pues de no ser así se estaría imponiendo una contribución discriminatoria y más gravosa con las cargas públicas en relación a los demás ciudadanos, además de que la indemnización impacta económicamente sobre toda la sociedad porque se realiza con cargo a los fondos públicos (López y López, 2002, p. 2873).

Surge la cuestión acerca de la viabilidad de armonizar el interés privado del propietario afectado con la expropiación y el interés público. La regla debe ser que en toda propiedad confluyen siempre intereses públicos y privados que deben armonizarse, en el marco de la función social reconocida por la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional. En caso de que la armonización no sea posible, los intereses públicos deben ser preponderantes, como sostiene Díez-Picazo (1977, pp. 46-47).

En la medida que el objeto del derecho de propiedad no tiene un valor en sí mismo, salvo de contenido patrimonial, este objeto puede ser sustituible e intercambiable por el mismo valor económico. Así, si el titular del bien afectado por una expropiación recibe la indemnización justipreciada, no se configura perjuicio patrimonial alguno ni, en consecuencia, lesión al contenido esencial del derecho de propiedad (Serna & Toller, 2000, p. 87). Es una manifestación del principio de garantía patrimonial o de indemnidad que supone que los particulares tienen derecho a mantener la integridad del valor económico de su patrimonio frente a las privaciones singulares de este de las que pueden ser objeto por parte del Estado (Ariño Ortiz, 2004, p. 89).

¹⁴⁹ El artículo 24. 2 del decreto legislativo 1192 establece que la expropiación «consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, de inmuebles que se requieren para la ejecución de obras de infraestructura o por otras razones de necesidad pública o seguridad nacional declaradas por ley; y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio al sujeto pasivo».

Huapaya Tapia y Sánchez Povich (2016) sostienen que el principio de indemnidad debe entenderse consagrado en el artículo 70 de la Constitución peruana de 1993, cuando prevé «la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio» (p. 107).

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha asumido en las sentencias del caso *James y otros contra Reino Unido* (1986) y del caso *Lithgow y otros contra Reino Unido* (1986) que el artículo I del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos —que protege el derecho de propiedad— no garantiza el derecho a una reparación integral si las finalidades legítimas de utilidad pública justifican el pago de indemnizaciones inferiores al valor de mercado de los bienes. En el caso *James* los objetivos legítimos de utilidad pública fueron de reforma económica y social, y en el caso *Lithgow* fueron nacionalizaciones (Barcelona Llop, 2011, pp. 72-73).

Sobre el principio de indemnidad, en la STC Exp. 00139-2013-PA/TC, caso *Sociedad Agrícola San Agustín*, el Supremo Tribunal se pronunció en una controversia sobre si la indemnización justipreciada, como consecuencia del proceso de expropiación, se constituye como un hecho constitucionalmente válido de ser gravado por el impuesto a la renta. En el fundamento 29 se determina que la indemnización justipreciada debe asegurar ese principio, «pues el monto dinerario recibido tiene como función el equilibrio patrimonial del sujeto pasivo dada la pérdida compulsiva de su bien inmueble, lo que supone en términos constitucionales, asegurar la situación económica del sujeto pasivo de un modo similar o igual a la que mantenía antes de la expropiación, razón por la cual la configuración de esta enajenación forzosa en sí misma no genera señales de capacidad contributiva pasible de ser gravada por el impuesto a la renta en los términos que su propia estructura exige».

El texto fundamental maximiza la protección al derecho de propiedad, por cuanto establece que la declaración de la causal de expropiación está sujeta a una reserva de ley singular o de caso concreto, a diferencia de la fórmula de declaración de la causal «conforme a ley», contenida en la Constitución de 1979, que admitía que una ley general previera todos los posibles supuestos de expropiación, en forma general y abstracta, y que en consecuencia, su posterior aplicación a los casos concretos pudiera tener lugar por resoluciones o actos administrativos singulares o con destinatario específico. Este marco constitucional fue modificado en sentido restrictivo en la Constitución de 1993, reforzándose al extremo la garantía institucional del derecho de propiedad. Huapaya y Sánchez Povich —en posición que compartimos— proponen que la Constitución sea reformada para viabilizar en casos de urgencia la declaración de la expropiación por vía administrativa (2016, p. 112).

Sobre el requisito constitucional de ley singular y formal en materia expropiatoria, es relevante la STC Exp. 05614-2007-PA/TC caso Aspíllaga Anderson Hermanos S.A. Se trata de un caso en el cual el recurrente interpone demanda de amparo contra el Instituto Nacional de Desarrollo (INADE) y el Proyecto Especial Jequetepeque-Zaña, solicitando que se declaren inaplicables los efectos del decreto legislativo 556, y que, en consecuencia, se ordene la devolución de sus terrenos eriazos indebidamente transferidos e inscritos en el Registro Público Inmueble de Chiclayo a favor del INADE. La sentencia que declaró fundada la demanda afirma que se estará ante supuestos inconstitucionales de privación del derecho de propiedad, cuando 1) no exista la ley del Congreso de la República que declare la expropiación, sino otra norma con rango de ley; 2) exista la ley del Congreso de la República que declare la expropiación, pero no exprese o señale alguno de los motivos contemplados en la Constitución para que proceda la expropiación o se fundamente en motivos distintos; o 3) exista la ley del Congreso de la República que señale alguno de los motivos de expropiación contemplados en la Constitución, pero esta se produce sin indemnización.

A nuestro juicio, las expropiaciones dispuestas por ley deben encuadrarse dentro de la generalidad y la uniformidad de las normas procesales de expropiación, establecidas por la legislación general de la materia. De este modo, por ejemplo, no es viable constitucionalmente que a través de una ley singular de expropiación se cambien las normas procesales para su aplicación en un caso concreto, estableciendo un proceso sumario de expropiación, distinto y menos garantista del procedimiento general, vulnerando el principio-derecho de igualdad.

Asimismo, la Norma Suprema —siguiendo los precedentes históricos y el derecho preconstitucional inmediato— exige como requisito de la expropiación la previa indemnización justipreciada, que debe pagarse en el proceso judicial correspondiente antes de la transferencia de propiedad del bien expropiado¹⁵⁰.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional del Perú, en la STC Exp. 0022-1996-AI del 15 de marzo de 2001, correspondiente a la demanda de inconstitucionalidad del Colegio de Ingenieros del Perú, al declarar la inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2

¹⁵⁰ Cabe anotar que el carácter previo de la indemnización justipreciada no es un requisito constitucional uniforme en el derecho comparado. En ese sentido, el artículo 33 de la Constitución española de 1978 en su inciso 3 establece que: «Nadie podrá ser privado de sus bienes o derechos sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». Asimismo, es interesante anotar que el inciso 3 del artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949 estableció que la indemnización se fijará considerando en forma equitativa los intereses de la comunidad y los de los afectados. En caso de discrepancia sobre el monto de la indemnización quedará abierta la vía judicial ante los tribunales ordinarios. La Constitución del Reino de los Países Bajos de 2008, en el artículo 14.2 prevé que la indemnización no necesitará ser previamente garantizada cuando en caso de emergencia se imponga la expropiación inmediata.

de la ley 26597 se pronunció en el sentido de que la deuda pública agraria debe ser actualizada a fin de que su pago represente fielmente el valor de los bienes expropiados en el proceso de reforma agraria. En el marco de la Constitución de 1993, el justiprecio o la indemnización debe guardar relación con los valores reales o de mercado¹⁵¹. Así, declaró en el fundamento jurídico 1:

Que el Artículo 1° de la ley 26597 resulta inconstitucional, cuando menos, por dos razones:

Porque al remitir a la ley 26207, es evidente que hace suyos los alcances del Artículo 3° de dicha norma, la que, a su vez, derogó tanto la Cuarta Disposición Transitoria como el Artículo 15° del decreto legislativo 653, lo que significa que los criterios de valorización y cancelación actualizada de las tierras expropiadas, que responden a un sentido de elemental justicia, acorde con el Artículo 70° de la Constitución [...] han sido dejados de lado y sustituidos por el criterio de expropiación sin justiprecio o con pago meramente nominal [...].

Porque al disponer que los procesos expropiatorios para fines de Reforma Agraria se sustancien según las disposiciones de la ley 26207, desconoce el derecho al procedimiento preestablecido por la ley, reconocido en el inciso 3) del Artículo 139° de la Constitución («...Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos...») habida cuenta de que si el decreto legislativo 653 había previsto, en su Cuarta Disposición Transitoria, concordante con su Artículo 15°, que «La valorización y cancelación de las expropiaciones en trámite se regirá ... por las disposiciones de la Ley General de Expropiación, decreto legislativo 313...» y que «El valor de las tierras expropiadas será pagado a su valor de mercado y en efectivo» y, por otro lado, había derogado, en su Primera Disposición Final, el TUC, es evidente que sin anular los procesos expropiatorios en trámite, dicho decreto legislativo 653, les asignó unas consecuencias determinadas (pago en valor mercado y en efectivo), que ahora, con el dispositivo materia de impugnación (que, como se ha visto, remite a la ley 26207 en todos sus contenidos) resultan desconocidos.

En suma, el Supremo Tribunal asume que la tesis nominalista —entonces aplicable a los bonos de la reforma agraria— ha sido superada por la tesis valorista, en la cual el monto que debe pagarse es el equivalente a la actualización de los bonos.

¹⁵¹ Bidart Campos afirmó con respecto a la jurisprudencia constitucional argentina de la materia que: «la compensación debida al expropiado ha de ofrecerle un equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien similar al que pierde en virtud de la expropiación [...] Aplicando este temperamento, nos damos cuenta que el “valor objetivo” del bien no puede ser el “valor de origen” o valor histórico, sino el *valor actual*, que le permita, de ser posible, adquirir otro bien similar al que pierde en virtud de la expropiación» (1986, p. 349).

Huapaya y Sánchez Povis precisan que el Tribunal Constitucional sostiene el criterio de que debe prevalecer la garantía patrimonial del expropiado, a fin de que lo que se le pague sea verdaderamente justo (Huapaya Tapia & Sánchez Povis, 2016, p. 98).

Con motivo de esta sentencia, el demandante promovió un proceso de ejecución de sentencia, solicitando al Tribunal Constitucional que dispusiera el inicio del proceso de actualización de las acreencias derivadas de los bonos de la reforma agraria y su correspondiente pago, así como que se pronuncie sobre las vías que con esa finalidad tendrían los expropiados. Es así que el Supremo Tribunal resolvió que la actualización del valor de las deudas debería realizarse mediante la conversión del principal impago en dólares americanos, desde la fecha en que se dejó de atender el pago de los cupones de dichos bonos, más la tasa de interés de los bonos del Tesoro de los Estados Unidos de América. Finalmente, dispuso que el Poder Ejecutivo dicte un decreto supremo que reglamente el procedimiento de registro, actualización y forma de pago de la deuda¹⁵².

Cuestión opinable es si la legislación de expropiación puede prever situaciones de toma de posesión provisoria del bien expropiado antes de la culminación del proceso judicial de expropiación. En la medida en que la posesión no equivale a la propiedad, pero sí a uno de sus atributos más importantes, consideramos sin duda que se trata de una afectación que restringe intensamente el ejercicio del derecho fundamental. Sin perjuicio de ello, que la ley prevea —con carácter excepcional— la ocupación de ciertos bienes con carácter urgente antes de la culminación del proceso judicial expropiatorio (por ejemplo, por causa de seguridad nacional o proyectos de gran envergadura de infraestructura de servicios públicos) puede aceptarse como compatible con el ordenamiento constitucional. El expropiado sigue siendo propietario en la medida en que su título de dominio no ha sido transferido aún.

En cambio, estimamos que puede tacharse de inconstitucional una ley que establezca que mediante una consignación judicial provisoria —como pago a cuenta de la indemnización total— el ente expropiante pueda privar de la posesión y que antes de estar cancelada esta indemnización se disponga judicialmente la transferencia de propiedad (Bidart Campos, 1986, p. 344).

¹⁵² Así, se expidió el decreto supremo 017-2014-EF, que aprobó el reglamento de los procedimientos conducentes al registro de actualización y pago en la vía administrativa de la deuda derivada de los bonos de reforma agraria, emitidos en el marco del decreto ley 17716, Ley de Reforma Agraria, en cumplimiento de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional. El Anexo I de este reglamento fue ampliado mediante el decreto supremo 019-2014-EF. La fórmula dispuesta por este Reglamento ha sido objeto de controversia a nivel interno como a nivel de arbitraje internacional por una empresa que compró los bonos a sus titulares. Sobre el particular, consideramos en ese caso debería ser de aplicación el «justo equilibrio entre el interés general e interés particular» sentado en el caso James y aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el citado caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador.

En principio, dado que la expropiación constituye el ejercicio de una potestad lícita de la Administración, es dudoso aludir a «daños causados» (Huapaya Tapia & Sánchez Pavis, 2016, p. 105). Empero, el artículo 70 de la Constitución de 1993 prevé que la indemnización justipreciada incluya «compensación por el eventual perjuicio».

A nuestro juicio, para determinar el quantum de la indemnización debe aplicarse «el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular» que asume la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los citados casos James y Lithgow. Este criterio ha sido asumido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, párrafo 76 de la sentencia de 3 de marzo de 2011, Reparaciones y costas):

Respecto a la justa indemnización, la Corte estableció en su Sentencia de 6 de mayo de 2008 que, en casos de expropiación, además de tomar como elemento de referencia el valor comercial del bien objeto de la expropiación anterior a la declaratoria de utilidad pública, se debe atender «el justo equilibrio entre el interés general y el interés particular». Así, el Tribunal refirió que «a fin de que el Estado pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar [dicho] justo equilibrio [...] debe utilizar los medios proporcionales a fin de vulnerar en la menor medida el derecho a la propiedad de la persona objeto de la restricción. Para ello, resulta indispensable observar las “justas exigencias” de una “sociedad democrática”, valorar los distintos intereses en juego y las necesidades de preservar el objeto y fin de la Convención».

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha desarrollado una casuística en la se considera que los siguientes casos contravienen el justo equilibrio entre las exigencias del interés general y las de la protección de los derechos individuales:

- Que transcurra un periodo de tiempo excesivamente largo hasta la determinación definitiva del justiprecio y su abono.
- Que un terreno expropiado y ocupado en 1923 se justiprecie en 1993 conforme al precio que podía tener siete décadas atrás.
- Que expropiada parcialmente una finca destinada a la explotación agropecuaria la indemnización no incluya la pérdida específica que supone para el propietario la imposibilidad de continuar con su actividad profesional.
- Que el valor histórico y cultural de un bien, expropiado justamente por ello, no compute a los efectos del señalamiento de la indemnización.
- Que la indemnización expropiatoria sea inferior a las costas procesales que los interesados deben abonar a causa de haber perdido el litigio entablado para el establecimiento de aquella.

- Que los intereses moratorios no compensen al expropiado en caso de tardanza en el pago.
- Que la demora injustificada en la ejecución o cumplimiento de la causa de expropiar juegue en contra de los intereses patrimoniales del propietario, quien no se beneficia del incremento de valor que el bien ha experimentado desde que fue expropiado.
- Que la obligación de restituir las propiedades incautadas en su día por las autoridades comporte para quienes las adquirieron de buena fe únicamente el derecho a recuperar el precio que desembolsaron treinta años atrás, muy inferior al actualizado.
- Que en caso de expropiación de hecho el tipo de interés aplicable al justiprecio sea inferior al que procede cuando las expropiaciones son regulares.
- Que la ley que grava fiscalmente los justiprecios se aplique a uno fijado judicialmente antes de su entrada en vigor y que no se había abonado a causa de la tardanza administrativa en dar cumplimiento a la decisión judicial.
- Que no se ejecute la decisión administrativa firme y definitiva por la que se fija el justiprecio, sin que el interesado tenga noticia alguna de cuándo podrá disponer de él.
- Que se prive al interesado de parte de la indemnización al darse por supuesto que la ejecución de la obra pública que motivó la expropiación que le beneficia.
- Que por justificada que esté la integración de una finca en el dominio público marítimo-terrestre, sus antiguos propietarios no sean indemnizados (Barcelona Llop, 2011, pp. 69-71).

En la doctrina argentina se ha sostenido que la indemnización justipreciada comprenderá el valor objetivo del bien y los daños fehacientemente acreditados que sean una consecuencia directa o inmediata de la expropiación¹⁵³.

En la parte final del artículo 70, la Constitución peruana de 1993 establece que el expropiado tiene derecho de acción ante el Poder Judicial para contestar o contradecir judicialmente el valor de indemnización fijado por el Estado. Esta garantía jurisdiccional está dirigida a tutelar el derecho del expropiado dentro del proceso

¹⁵³ Ese es el criterio que asume Bidart, 1986, pp. 349-350. Asimismo, señala que el valor del bien que se indemniza mediante el pago de una suma de dinero, para ser actual debe computar la depreciación monetaria y que la suma de dinero en que se expresa el valor indemnizable devenga intereses, en forma tal que su aplicación se considera parte de la misma indemnización.

judicial de expropiación a contradecir la tasación estatal con las correspondientes pruebas periciales, y constituye la denominada garantía del procedimiento expropiatorio para el ejercicio del derecho de defensa respecto a la fijación del justiprecio (Rodríguez de Santiago, 2008, p. 189 ss.).

En nuestro ordenamiento, la expropiación y la determinación de la indemnización justipreciada gozan de una reserva de jurisdicción judicial¹⁵⁴. En consecuencia, la Norma Suprema, al facultar al expropiado a contradecir judicialmente el valor de indemnización, debe entenderse referida al derecho del expropiado a pedir la revisión del quantum de indemnización. En rigor, el texto constitucional excluye la posibilidad de que esta pretensión se dilucide en la vía administrativa o en la jurisdicción arbitral.

Huapaya y Sánchez Povich sostienen que como el Tribunal Constitucional ha reconocido la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, se debe entender que cuando la Carta Fundamental alude al Poder Judicial no se está refiriendo solo al órgano jurisdiccional judicial sino también extensivamente al arbitraje (Huapaya Tapia & Sánchez Povich, 2016, p. 101 ss.). Empero, esta tesis no sustentaría una interpretación extensiva, sino una sustitución de conceptos o una modalidad de mutación constitucional. No se puede confundir la jurisdicción judicial con la jurisdicción arbitral como hizo el Tribunal Constitucional en la STC Exp. 00142-2011-PA, para atribuirle al arbitraje el control difuso de constitucionalidad que la Constitución asigna a los jueces. Cuando la Norma Suprema alude al Poder Judicial, se refiere inequívocamente a la jurisdicción judicial. Así, sostenemos que el artículo 70 de la Constitución prevé una reserva de jurisdicción judicial en la solución de controversias sobre el valor de indemnización fijado por el Estado, excluyendo de su conocimiento a la vía administrativa o a la vía arbitral.

Cabe subrayar que la mencionada reserva de jurisdicción judicial en materia de expropiación no se aplica en todos los ordenamientos. Así, el artículo 58 de la Constitución colombiana de 1991 admite que en los casos que determine el legislador la expropiación podrá ser por vía administrativa, pero dentro de ciertos límites como el respeto al debido proceso, la no discriminación y la revisión posterior por acción contenciosa administrativa de los actos administrativos expropiatorios, incluso respecto del precio.

Un tema muy polémico es si la declaración de la *causa expropriandi* es controvertible judicialmente, como lo prevé el artículo 5 del decreto legislativo 1192,

¹⁵⁴ Cabe señalar que en el derecho francés el Consejo Constitucional «ha constituido a la jurisdicción judicial en guardiana del derecho de propiedad privada. Más concretamente, lo que tiene trascendencia constitucional es el fallo que la jurisdicción judicial debe tener atribuciones importantes en materia de protección de la propiedad inmobiliaria [...] Ha de subrayarse, sin embargo, en que para la transferencia de la propiedad y para la determinación de la indemnización es únicamente competente el juez judicial» (Bon, 2016, pp.129-130).

que viabiliza la demanda de nulidad de expropiación cuando se funde en causales distintas a la necesidad pública o la seguridad nacional.

Cierta doctrina y jurisprudencia constitucional ha sido renuente en esta materia, asumiendo la tesis de la no judicialidad de la declaratoria de la causal de expropiación, fundada en el hecho de que constituye un acto político dentro de la esfera de atribuciones constitucionales del Poder Legislativo, toda vez que se quebrantaría el principio de separación de poderes al consagrarse una suerte de «gobierno de los jueces».

Empero, en un Estado constitucional no se puede asumir esta tesis en términos rígidos. Como señala Bidart, el principio de la no judicialidad de la declaración legislativa de la causal de expropiación admite reservas, en el caso de que su aplicación sea manifiestamente arbitraria. En consecuencia, la calificación de necesidad pública o social siempre es «judicialmente revisable, pero solo es descalificable judicialmente cuando es arbitraria» (Bidart Campos, 1986, p. 340)¹⁵⁵ o, como se sostiene en la doctrina francesa, salvo que se produzca «error manifiesto de apreciación»¹⁵⁶.

Asimismo, es interesante determinar si es viable la aplicación del análisis costo-beneficio para evaluar la aplicación de la causal de expropiación¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Bidart Campos cita el caso «Municipalidad de la Capital c/ Elortondo». La sentencia puede resumirse en: (i) que la atribución congresal para calificar la utilidad pública no puede entenderse como derogatoria de los principios constitucionales de los cuales el Poder Legislativo no puede apartarse; (ii) que es elemental la atribución de la judicatura de revisar las leyes en los casos que se traen a su decisión para determinar si guardan o no conformidad con la Constitución, y que debe inaplicarlas si son incompatibles con ella; (iii) que por tanto, aunque no hay línea precisa que delimite la utilidad pública de lo que no lo es, corresponde definirla al juicio del Congreso, sin embargo cuando esta calificación exceda manifiestamente los límites de su atribución constitucional los jueces están en el deber de proteger el derecho de propiedad vulnerado.

¹⁵⁶ En el caso de las nacionalizaciones francesas, se han manifestado dos tesis opuestas: una sostiene que se trataría de un concepto cuya apreciación compete al Parlamento, representante de la soberanía nacional; la otra sostiene que el Consejo Constitucional podía censurar al menos los errores de apreciación manifiestos cometidos por el legislador; o bien que las nacionalizaciones tengan tal amplitud como para poner en peligro la propiedad privada garantizada por la Declaración de 1789. De ahí que surgen las cuestiones siguientes, como señala Bon (2016, p. 134): «¿Cuál es el tamaño mínimo de empresa para que su nacionalización constituya un instrumento efectivo de la política económica? ¿Cuál es la extensión del sector público o, si se quiere, cuál es el umbral a partir del cual se podrá en cuestión la garantía de la propiedad privada?»

¹⁵⁷ Sobre el particular, Bon (2016) precisa sobre el ordenamiento francés que: «Cuando nos encontramos ante una expropiación, el control que ejerce el juez administrativo sobre la utilidad pública va más allá del que el Consejo Constitucional realiza sobre la necesidad pública de las nacionalizaciones, ya que, según doctrina consolidada, «una operación no puede declararse lícitamente de utilidad pública más que si la intervención sobre la propiedad privada, el coste financiero y los posibles inconvenientes sociales o los perjuicios que irroga sobre otros intereses públicos no resultan excesivos en comparación con el interés que tal expropiación representa. Sin embargo, la aplicación práctica de este control denominado de balance «coste-beneficio», no está muy alejado del control del error de apreciación manifiesto, puesto que el juez no concluirá en un balance negativo más que si los inconvenientes de la operación son mucho mayores que las ventajas».

Dentro del enfoque del análisis económico del derecho, existe controversia sobre la justificación económica de la expropiación. Para el teorema de Coase todos los recursos deben constituirse en derechos susceptibles de transacciones en el mercado, las que deben ser eficientes con costos de transacción nulos o insignificantes (Coase, 1960). Se acepta la expropiación en situaciones en la que los costos de transacción son prohibitivos por altos, como las del denominado monopolio bilateral, donde solo existe un comprador y un vendedor para un determinado bien, como cuando se quiera construir infraestructura necesaria para la provisión de bienes de uso público. En esos casos se admite que el Estado fuerce la transacción coactivamente, mediante la expropiación, por razones de eficiencia económica (Pasquel Rodríguez, 2004, pp. 124-126).

Es así que, desde este enfoque neoliberal, Pasquel sostiene como alternativa que el Estado solo expropie si se cumplen las siguientes condiciones: (i) que se trate de un proyecto de construcción de un bien o servicio público; (ii) que una situación de monopolio bilateral haya hecho fracasar la negociación de compraventa del inmueble; y (iii) que el individuo expropiado sea compensado con una suma que supera, en un monto fijado previamente por la ley, el valor de mercado del bien (p. 128).

2.5.2. La necesidad pública y la seguridad nacional como *causa expropriandi*

En primer lugar, corresponde al Congreso, al aprobar la ley de expropiación, precisar en la exposición de motivos que se ha acreditado técnica y jurídicamente la configuración de las respectivas causales de necesidad pública o de seguridad nacional.

Con relación a las causales de expropiación, en el texto fundamental de 1993 se distingue la expropiación por causa de necesidad pública, que implicaría, *prima facie*, que estas exigencias obedecen a un estado de necesidad, por lo que se entendería de aplicación muy restrictiva.

En la doctrina nacional, Avendaño Valdez (2006) señala que la necesidad pública alude a lo que es indispensable para satisfacer el interés público, como sería, por ejemplo, la construcción de un hospital (p. 945). Así, el concepto necesidad pública no solo es aplicable en circunstancias extraordinarias, sino también en todo tipo de situaciones, incluso de normalidad, si el Estado se ve obligado a expropiar para lograr la realización de un determinado fin esencial de la comunidad, como la construcción de infraestructura de interés general¹⁵⁸.

¹⁵⁸ La STC Exp. 002-2005-PI/TC declaró que un proyecto energético constituye una obra de necesidad pública. La STC Exp. 0018-2007-PI asumió como de acreditada necesidad pública la construcción de lagunas de oxidación para tratar las descargas de aguas residuales de la ciudad de Arequipa.

En ese sentido, su interpretación puede ser más amplia, dependiendo de la concepción política o ideológica del Estado, la que debe ser conexcionada directamente con la promoción del bien común o del bienestar general de la población (Mordegli, 1986, p. 6).

En esa dirección, coincidimos con Gonzales Barrón, quien afirma que, al margen de la intención del constituyente de 1993 de suprimir al interés social como causal de expropiación, se debe admitir un concepto dúctil de «necesidad pública» que se expanda en vía interpretativa para atender hipótesis propias de conceptos históricamente más abiertos a la equidad, la cohesión social y la justicia distributiva, como el interés social (Gonzales Barrón, 2011, p. 401)¹⁵⁹.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el citado caso James se pronunció sobre la *causa expropriandi* de utilidad pública en términos que podríamos asumir para la causa de necesidad pública: en principio, por el conocimiento directo del propio país y de sus necesidades, el legislador está en mejores condiciones que un tribunal internacional para determinar qué es de utilidad pública, gozando respecto de un margen discrecional, en razón de la natural amplitud del concepto y de que las leyes que suponen privaciones implican normalmente el examen de cuestiones sociales, económicas y políticas sobre las cuales pueden existir opiniones diversas. Así, el Tribunal respeta la forma en que el legislador nacional valora las exigencias de utilidad pública, salvo que su criterio carezca manifiestamente de fundamento razonable (Barcelona Llop, 2011, pp. 75-76).

En suma, la necesidad pública debe interpretarse en función de la promoción del bienestar general, que es un deber primordial del Estado proclamado en el artículo 44 de la Norma Suprema, garantizando la protección de derechos sociales fundamentales, como el derecho a la vivienda. En ese sentido, Gonzales Barrón destaca que la causal de necesidad pública puede ser invocada por el legislador para promover el derecho social a la vivienda:

La Constitución no solo protege el derecho subjetivo de propiedad, sino también el acceso a ella. De esta forma se impone a los gobiernos de turno la obligación de establecer políticas que alienten de manera ordenada y no abusiva el acceso de amplios sectores a la propiedad privada [...] El mejor incentivo en contra de las expropiaciones arbitrarias no es cerrar los ojos ante la realidad y ampararse

¹⁵⁹ En la posición restrictiva y tradicional de la necesidad pública, véase Mejorada, 2009, pp. 74-79, quien, al comentar la ley 29320 de expropiación de terrenos para facilitar su titulación para beneficiar a los poseedores que los habían invadido, asume que la norma es inconstitucional por aplicar la causal de necesidad pública y por tener como beneficiarios a particulares: «Desde esta perspectiva la ley que comentamos es claramente inconstitucional, ya que los inmuebles a expropiar están destinados a vivienda privada y tienen como destinatarios a concretas personas naturales».

en la «intención del constituyente» o en la «defensa ideológica de una propiedad individualista y decimonónica», sino en convertir al Perú en un país de propietarios privados, pero no por formalizar un lote de terrenos y nada más, sino con derechos humanos. Y para ello, en ciertos casos, se hace necesario sacrificar al propietario por el mérito de un interés prevaleciente, ya que no se puede construir un Estado democrático y justo cuando prima la desigualdad, la marginación y la pobreza extrema (Gonzales Barrón, 2013, p. 406).

Sobre la importancia del derecho a la vivienda en la jurisprudencia constitucional, Gargarella destaca la emblemática sentencia de la Corte de la República de Sudáfrica en el caso Grootboom¹⁶⁰:

La famosa decisión de la Corte sudafricana en Grootboom (año 2000), por ejemplo, resultó poco menos que ‘revolucionaria’ para parte de la doctrina constitucional. Un caso notable al respecto —una buena metáfora de las reacciones de la academia jurídica frente a este tipo de casos— fue el del profesor de la Universidad de Chicago Cass Sunstein, quien —después del fallo sudafricano y declaradamente a partir del mismo— comenzó a defender un papel más activo de los jueces en el enforcement de los derechos sociales —una posibilidad que, hasta el momento, había negado y combatido desde su prominente lugar en la academia jurídica [Sunstein 1999] (Gargarella, 1999, p. 21).

Cabe señalar que cuando la Constitución asume la seguridad nacional como *causa expropriandi*, solo puede ser beneficiario de la expropiación el gobierno nacional, por ser materia de su competencia exclusiva (Castro-Pozo Díaz, 2000, p. 394).

A nuestro juicio, la Constitución debe reformarse para habilitar que se regule en supuestos extraordinarios de seguridad nacional a través de la legislación general de expropiación, como en el caso de conflicto armado externo, un proceso sumárisimo y que la indemnización pudiese no ser previa.

¹⁶⁰ Leticia Morales lo resume así: «Novecientas personas, entre ellas la demandante, fueron expulsadas de un terreno que ocupaban de manera ilegal y, como consecuencia, pasaron a morar en el campo de deportes de forma precaria bajo láminas plásticas y sin servicios básicos. El caso se llevó a la Corte donde se planteó la violación por parte del Estado del derecho a la vivienda. La Corte resolvió que el incumplimiento del Estado en desarrollar un programa para solucionar las necesidades de los grupos en situación de emergencia habitacional, dentro de los recursos disponibles, significaba una interferencia irrazonable del derecho de vivienda de los reclamantes, y ordenó al Estado adoptar medidas razonables para garantizar la progresiva realización de este derecho respecto de las personas en situación de necesidad imperiosa» (2015, pp. 141-142).

2.6. La expropiación indirecta

En este tema se debe revisar el giro jurisprudencial que en materia de expropiación (*takings*) ha seguido el derecho constitucional estadounidense, conforme a lo dispuesto en la quinta y decimocuarta enmienda¹⁶¹. En el sistema jurídico norteamericano, la expropiación no está restringida a un tipo específico de privación de la propiedad por el Estado, declarada por ley y previo pago de una indemnización justipreciada, tal como prevé el artículo 70 de nuestra constitución¹⁶². Así, se admiten dentro del concepto de *takings* otras modalidades de afectación del derecho de propiedad, sin transferencia de dominio al Estado, pero con impacto económico equivalente a la expropiación (*regulatory takings*).

En la doctrina nacional, Velásquez subraya que la expropiación indirecta se materializa en el efecto erosivo sobre el derecho de propiedad que genera la medida estatal. En consecuencia, debe ser de una magnitud que signifique merma significativa o la eliminación del bien o derecho (Velásquez Méndez, 2013, p. 243).

Un sector de la doctrina nacional la propone como instrumento de tutela del derecho de propiedad (Pasquel, 2005, pp. 120-126; Amado & Amiel, 2005, pp. 59-68; Velásquez Meléndez, 2013, pp. 228-256). A nuestro juicio, en principio la vía idónea debería ser la de la responsabilidad patrimonial de la Administración (cfr. García de Enterría, 2006, pp. 145-228).

En el caso *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* 438 U.S. 104 (1978) la Corte resolvió acerca de la doctrina de las expropiaciones regulatorias (*regulatory takings*). En ese caso, el Comité de Preservación de Estructuras Históricas de la Ciudad de Nueva York declaró la terminal Grand Central como edificio de valor histórico con la finalidad de preservarlo. Es así que al demandante se le negó el permiso para construir un edificio de cincuenta pisos sobre la terminal. Sin embargo, se le permitió «derechos de construcción transferibles» por los que el accionante podía construir en exceso en ciertos sitios cercanos y «transferibles». Penn demandó a la Ciudad de Nueva York, con el argumento de que este acto constituía una violación al debido proceso y una expropiación.

¹⁶¹ La Quinta Enmienda desarrolla la cláusula de protección del derecho de propiedad: la propiedad no será tomada para utilidad pública, sin justa compensación. La Decimocuarta Enmienda es la cláusula del debido proceso: ningún Estado privará a cualquier persona de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso.

¹⁶² Como se señala en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y resume Barcelona Llop (2011, p. 62), «La privación consiste en la pérdida efectiva del poder de disposición sobre el bien. Si la injerencia provoca únicamente la merma de algunas de las facultades características del dominio o un menoscabo patrimonial importante, pero el interesado ha podido vender el bien, o utilizarlo de algún modo, o arrendarlo, o donarlo, o hipotecarlo, etc., el Tribunal no aprecia la existencia de una privación por mucho que aquella haya causado un perjuicio al propietario (dificultades para vender los bienes, pérdidas patrimoniales, imposibilidad de utilizar temporalmente la finca o de acceder a ella, limitaciones o restricciones de uso, imposibilidad legal de oponerse judicialmente a una posesión de hecho)».

La Corte evaluó, entre otros criterios, (i) la naturaleza y el propósito público de la actividad regulatoria; (ii) el impacto económico de la medida regulatoria; y (iii) la interferencia de la regulación con las expectativas de retorno de la inversión.

Así, asumió el criterio de que la restricción del derecho de construcción no era una expropiación, porque no impedía los usos ya existentes ni un razonable retorno en su inversión. Sin embargo, la opinión de la Corte enfatizaba que la restricción al derecho de construir no debía «frustrar expectativas basadas en inversiones importantes» (*frustrate distinctive investment backed expectations*) (Sola, 2004, p. 423).

Esta doctrina fue modificada en el caso *Lucas v. South Carolina Coastal Council* 505 U.S. 1003, 1019 (1992), que afirma que si la regulación estatal privaba al propietario permanentemente de la explotación económica del bien se trata de una expropiación total (*categorical taking*) que debe ser indemnizada. En este caso el señor David Lucas hizo una compra de dos lotes de terreno costero no edificados en Carolina del Sur. Lucas tenía el propósito de dedicar un lote a inversión inmobiliaria. Antes de que el actor iniciase cualquier construcción se aprobó una ordenanza que prohibía toda edificación entre la playa y ciertas líneas de construcción. Lucas reclamaba que la propiedad había sido privada de todo su valor económico. En la sentencia, se comienza el análisis advirtiendo que las apropiaciones físicas y permanentes de tierra requieren de una compensación justa «sin importar cuánto peso pueda tener el propósito público detrás de la regulación estatal». El fallo sustentado por el *justice* Antonin Scalia señaló que existía una expropiación cuando «la regulación niega todo beneficio económico o productivo de la tierra». Agregó que «existen buenas razones para nuestra creencia frecuentemente expresada de que cuando el propietario de un derecho real debe sacrificar toda utilización económicamente beneficiosa en nombre del bien común, esto es, dejar su propiedad sin uso económico, ha sufrido una expropiación» (p. 424).

En esa dirección, es pertinente precisar que en los derechos o intereses legítimos nacidos de un acto administrativo constituyen una propiedad en el sentido constitucional del término, y la Administración está facultada para revocarlo excepcionalmente. Sin perjuicio de ello, en caso de revocación, la Administración está obligada a indemnizar. Es lo que se impone por aplicación analógica de las disposiciones constitucionales sobre expropiación (Marienhoff, 1980, p. 820)¹⁶³.

Así lo prevé en nuestra legislación el artículo 216.1 del texto único ordenado de la ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General: «Cuando la revocación origine perjuicio económico al administrado, la resolución que la decida deberá

¹⁶³ En la doctrina nacional, Morón Urbina (2004, p. 540) asume que la indemnización tiene como fundamento la inviolabilidad de los derechos adquiridos por el administrado a quien la Administración Pública genera perjuicio económico con el acto administrativo de revocación.

contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa».

En la jurisprudencia constitucional peruana, se debe destacar sobre la expropiación indirecta el voto singular del magistrado Landa Arroyo en la STC Exp. 01735-2008-AA/TC caso Shougang Hierro Perú S.A.A., quien sostuvo:

En el presente caso: (i) existen legítimas expectativas del demandante orientadas a la explotación de la concesión reconocida y que existe una clara interferencia del disfrute de las facultades sobre el derecho de propiedad sobre la zona en conflicto, (ii) que la medida adoptada por el Estado impacta gravemente en el interés del demandante al obstaculizar el ejercicio de facultades del derecho de propiedad sobre la zona sobre la que se produce la interposición, (iii) que la duración en el tiempo de la medida (ordenanza) adoptada es indeterminada, (iv) que la relación entre la medida adoptada y el objetivo público que la Administración Pública alega pretender alcanzar es claramente desproporcionada, (v) que a pesar que no existe evidencia documental que demuestre que la intención de la Administración Pública al implementar la medida violatoria de la garantía contra la expropiación indirecta es afectar de manera directa al demandado, en la práctica se produce una afectación indirecta de su derecho de propiedad y debe considerarse que se ha incumplido con disposiciones expresas y que se ha incumplido con procedimientos administrativos con la ordenanza cuestionada, tal como se ha expuesto en los puntos precedentes.

Conforme a lo anterior, tras haber revisado los criterios establecidos en el párrafo anterior y considerando que la ordenanza cuestionada es una norma jurídica emitida por un órgano de la Administración Pública por la que se obstaculiza constitucionalmente el ejercicio de facultades del derecho de propiedad sobre un bien inmueble de un titular privado, al haber calificado parte del terreno otorgado en concesión a la empresa demandante como área urbana o de expansión urbana, *nos encontraríamos ante una expropiación indirecta o expropiación regulatoria*. Por tanto, cabe estimar la demanda de amparo de autos (cursiva agregada).

En los fundamentos 40 a 42 de la STC Exp. 00834-2010-PA/TC caso Duke Energy, el Supremo Tribunal declaró que la situación de la empresa demandante de no poder operar sus instalaciones eléctricas por estar bajo la posesión de la Autoridad Nacional del Agua, o de no poder hacerlo sino con un volumen de agua mucho menor al que legalmente se le había autorizado, había generado un menoscabo patrimonial equivalente a una expropiación¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Gonzales Barrón (2013, p. 392) critica esta sentencia: «Aquí basta mencionar que un despojo de hecho, como el acontecido por la Autoridad Nacional del Agua, por el cual simplemente no devuelve las instalaciones de la empresa afectada, jamás puede constituir una “expropiación indirecta” (aun cuando esta fuese posible), ya que ello está relacionado con el marco normativo que regula el bien o la actividad».

Asimismo, es relevante la STC Exp. 0239-2010-AA/TC, caso Town House. En este caso, la empresa Promotora e Inmobiliaria Town House S.A.C. interpuso una demanda de amparo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima, con la finalidad de que se declare inaplicable la ordenanza 1099-MML, que aprobó el reajuste integral de la zonificación de los usos del suelo del distrito de Chaclacayo¹⁶⁵.

Town House era propietaria de terrenos y había obtenido la autorización municipal correspondiente para edificar en los predios de su propiedad. Con la entrada en vigor de la ordenanza se le impidió realizar cualquier tipo de edificación en esos predios, pues se modificó la zonificación del área declarándola zona de protección y tratamiento paisajista.

El Supremo Tribunal en los fundamentos 11 y 13 asume que este cambio de zonificación es una modalidad de expropiación regulatoria:

Debe entenderse por expropiación indirecta o expropiación regulatoria aquella en donde la Administración Pública a través de una sobre-regulación priva (total o parcialmente) al propietario de un bien de uno todos los atributos del derecho de propiedad (ya sea del uso, del disfrute o de la disposición). El derecho de propiedad sobre bienes tiene sentido en tanto permite extraer un mayor provecho a los bienes. *Si no se puede disponer, usar o disfrutar los bienes, gozar de su titularidad carece de relevancia.* [...]

En consecuencia, se advierte una amenaza cierta o inminente de vulneración al uso o disfrute de la propiedad del recurrente puesto que las medidas adoptadas en la Ordenanza Municipal 1099-MML *recortan las legítimas y reales expectativas del demandante*, orientadas a darle el uso real y concreto para el cual fue adquirido el predio» (cursiva agregada).

A nuestro juicio, el sentido constitucional de la propiedad previsto en el artículo 70 de la Norma Suprema protege las situaciones jurídicas subjetivas de carácter patrimonial y no las meras expectativas. La Constitución protege lo consolidado en el ámbito de las situaciones patrimoniales. Es por ello que consideramos que si se había obtenido licencia de construcción no se trata de una mera expectativa, sino que constituye una situación patrimonializada que puede ser protegida constitucionalmente.

¹⁶⁵ Como señala Francia (2014, p. 118), «las limitaciones al derecho de propiedad por razones de interés público se manifiestan en instrumentos como la zonificación, en la obligatoriedad de obtener licencias de habilitación urbana y de edificación, en la imposición de servidumbres, e incluso en la expropiación».

2.7. La propiedad comunal de los pueblos indígenas

Artículo 89. Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas.

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.

En el siglo XIX, González Prada afirmaba esclarecedoramente sobre la relación de los pueblos indígenas y la tierra en el Perú que «el indio no reconoce patria, porque no tiene propiedad. La verdadera patria del hombre es la choza que habita, el terreno que siembra, el río donde abreva su ganado y la loma donde lleva el pasto» (citado en Ward, 2009, p. 150).

En el Perú, la propiedad comunal —cuya desprotección es sustentada en el siglo XXI por un neoliberalismo extremo y depredador— se protege por primera vez en la Constitución de 1920 (artículo 41). Para las comunidades andinas y amazónicas, la propiedad de la tierra no es un bien de cambio sino un bien de uso: un bien para servirse de él, pero no para transferir ni negociar en una economía de mercado. Así, Peña Jumpa señala determinados caracteres distintivos de la propiedad comunal:

1. Su relación con los recursos naturales;
2. Su carácter imprescriptible;
3. La inalienabilidad de la propiedad comunal;
4. La inembargabilidad de la propiedad comunal;
5. El particular concepto del abandono de la tierra (Peña Jumpa, 2013, p. 455).

En la actualidad, se pretende liquidar la propiedad comunal con la propuesta de que se reforme la Constitución para transferir la propiedad del subsuelo a los propietarios del suelo. Esa propuesta no tiene nada que ver con la democracia. Aquí citamos a Habermas, quien sostiene que el neoliberalismo «no tiene nada que ver con la democratización» sino que «produce un alejamiento mayor entre el Estado y la exigencia de legitimación de lo público y [...] por “libertad”, no entiende la autonomía del mundo vital, sino la libertad de los inversores privados» (Habermas, 1997, pp. 142, 215. Cit. Por Rodríguez Palop, 2014, p. 266).

Esta propuesta privatizadora nos retrotrae a la política del dictador mexicano Porfirio Díaz, quien facilitó la entrega de los recursos naturales a la inversión extranjera y como reacción nacionalista dio origen al artículo 27 de la Constitución de Querétaro de 1917, que declaró que la propiedad de tierras y aguas pertenece originariamente a la Nación (Fix Zamudio, 1985, p. 106).

Sobre la propiedad comunal de los pueblos indígenas se debe tener en cuenta, como cuestión previa, la relación entre el Estado social de derecho y el derecho fundamental a la identidad cultural, reconocido en el inciso 19 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú (STC Exp. 0042-2004-AI/TC, fundamento 1). En esta sentencia el Supremo Tribunal reconoció por primera vez la existencia en el Perú de un Estado multicultural y poliétnico.

Así, en clave multicultural se debe citar el voto singular de los magistrados Landa Arroyo y Eto Cruz, en la STC Exp. 04611-2007-AA. En el fundamento 8 del mencionado voto singular se afirma que la Constitución Multicultural marca una ruptura con el Estado liberal de derecho:

Por ello, la Constitución Multicultural, al igual que la Constitución del Estado social, marca un cambio y un distanciamiento con la igualdad formal postulada durante muchos años por el Estado liberal. En el caso de una constitución Multicultural, la diversidad cultural pasa a ser la condición esencial que determina la construcción de un modelo distinto de estado, donde solo el reconocimiento de un «estatus jurídico» particular a las comunidades indígenas puede significar la presencia de una real y efectiva igualdad material, basada en la dignidad.

En suma, el derecho a la identidad cultural, reconocido en la Constitución peruana de 1993, es una manifestación del Estado multicultural y poliétnico que afirma de manera efectiva el valor superior de la igualdad sustantiva inherente al Estado social de derecho.

Dentro de nuestro sistema jurídico, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales es un tratado internacional ratificado por el Perú mediante resolución legislativa 26253, de fecha 5 de diciembre de 1993. El Convenio 169, como lo describe Oliva,

[...] reconoció desde una revolucionaria concepción, los derechos de los individuos y de los pueblos, como elementos de protección complementarios para la salvaguarda de las comunidades etnoculturales diferenciadas y la dignidad de sus miembros y hoy por hoy constituye el principal instrumento jurídico internacional sobre derechos de los pueblos indígenas que se mantiene en vigor en el marco internacional de los derechos humanos (Oliva Martínez, 2014, p. 1484).

Al Convenio 169 de la OIT le es aplicable, desde su ratificación mediante resolución legislativa 26523, la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, que reconoce que los tratados de derechos humanos constituyen fuente de interpretación de los derechos y libertades amparados por la Norma Suprema¹⁶⁶. El Convenio 169 ha inspirado el reconocimiento del derecho fundamental a la identidad étnica y cultural en la Constitución de 1993¹⁶⁷.

El artículo 6 del Convenio 169 reconoce el derecho de consulta y participación de los pueblos indígenas y tribales en todas aquellas cuestiones que puedan afectarlos directamente. Se declara que se trata de «obtener su consentimiento libre e informado».

El artículo 14 del Convenio 169 preceptúa sobre su derecho de propiedad: «Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan».

En esa dirección, el artículo 188 de la Constitución peruana de 1993 declara: «El Estado [...] garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa».

El numeral 1 del artículo 15 del Convenio 169 declara que los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

En su numeral 2, el artículo 15 declara que en caso de que la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo pertenezca al Estado, o este tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si sus intereses serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Se prevé que los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

¹⁶⁶ En esa dirección, el fundamento 12 de la STC Exp. 00024-2009/PI, que a su vez cita a la STC Exp. 3343-2007-PA/TC y STC Exp. 00022-2009-PI/TC.

¹⁶⁷ El Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 03343-2007/PA, caso Cordillera Escalera, reconoció en el fundamento 31, la fuerza normativa del Convenio 169, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que prevé que la interpretación constitucional de los derechos protegidos por la Norma Suprema debe guiarse en la jurisprudencia supranacional: «El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte».

El derecho a la consulta previa ha sido posteriormente reforzado por la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 2007, que constituye un referente de amplia proyección futura e implicación práctica en el derecho internacional, sobre el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas (Oliva Martínez, 2014, p. 1477).

En el ordenamiento interno peruano debe analizarse la cuestión de si existe conflicto normativo entre el Convenio 169 y el artículo 66 de la Constitución, que establece que los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación y declara que el Estado es soberano en su aprovechamiento cuando estos recursos yacen ubicados en el subsuelo, pero su explotación afecta los derechos de propiedad comunal de las comunidades andinas y amazónicas. Otra cuestión es determinar si se requiere obligatoriamente el acuerdo o el consentimiento de los pueblos originarios sobre los asuntos objeto de consulta para que el Estado proceda a adoptar actos administrativos que faculten a los inversionistas privados al inicio de actividades de explotación de recursos naturales. En suma, si existe en esta materia, un derecho a veto de los pueblos indígenas u originarios.

A nuestro juicio, el derecho a la propiedad comunal no es ilimitado y debe compatibilizarse con el interés nacional en la explotación de los recursos naturales que constituyen patrimonio de la Nación. En esa dirección, la propiedad comunal debe armonizarse con principio del destino universal de los bienes que asume la doctrina social de la Iglesia Católica¹⁶⁸. Así, como señala Arcos: «La solidaridad sería un de los valores subyacentes a la tesis de la *communis possessio* de la tierra por parte de toda la humanidad (de origen estoico e inspiradora del cosmopolitismo kantiano), según la cual a cada persona debería atribuirse *prima facie* un mismo derecho a compartir los recursos mundiales» (Arcos Ramírez, 2014, pp. 230-231).

No existe derecho a veto. La consulta no puede ser vinculante si su resultado es incompatible con el interés nacional en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, conforme al artículo 66 de la Constitución. Sin perjuicio de ello, el Estado

¹⁶⁸ Carlos Ferrero Costa (2012) critica la propuesta neoliberal de que las comunidades sean dueñas no solo del suelo sino también del subsuelo y de los recursos naturales. Así, afirma que: «Pensar que solo la propiedad privada del subsuelo evitará conflictos sociales y dejará satisfechas a las Comunidades (que hasta hoy practican el *ayni* y la *minka*) es imponerles forzosamente el desprestigiado modelo del llamado capitalismo salvaje. Más aún, si como dice *El Comercio* beneficiaría al 5,4% de la población, ello significa que el 94,6% restante o sea la gran mayoría seríamos despojados de un bien público y nos restaría 'la yuca' o como ellos dicen 'el hueso'. Porque en verdad si el Estado regalase el subsuelo y sus recursos a las Comunidades, estas devendrían en dueñas exclusivas de minifundios subterráneos, dejando a los inversionistas encadenados al capricho de esas minorías que tomarán para sí lo que como bienes públicos nos pertenece a todos».

deberá procurar armonizar ese interés con la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, tal como lo estipula el Convenio 169 de la OIT¹⁶⁹. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párrafo 149 declaró: «Cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas, la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para estas».

Surge así la cuestión de si el derecho a la consulta previa, reconocido por el Convenio 169 de la OIT, es un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Peña Jumba destaca que la raíz constitucional del derecho a la consulta previa se encuentra en diversos derechos fundamentales reconocidos explícitamente en la Norma Suprema (cfr. Peña Jumba, 2009). A nuestro juicio, de los derechos fundamentales que menciona este autor, los siguientes tienen una conexión directa con el derecho a la consulta previa:

- El derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y al libre desarrollo y bienestar de sus miembros (artículo 2, inciso 1).
- El derecho a la identidad étnica y cultural (artículo 2, inciso 19).
- El derecho a la inviolabilidad e imprescriptibilidad de la propiedad comunal (artículos 70 y 89).
- El derecho a la autonomía organizativa, económica y administrativa (artículo 89).
- El derecho a la autonomía laboral, bajo trabajo comunal (artículo 89).
- El derecho a la autonomía en el uso y libre disposición de sus tierras (artículo 2, inciso 16 y artículo 89).
- El derecho a participar en la vida económica, social y cultural de la Nación (artículo 2, inciso 17).

¹⁶⁹ En esa dirección, la STC 00022-2009-PI/TC, fundamentos 24-25 afirmó que el derecho a consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas. Empero, hay excepciones a esta regla, según sostienen Juan Ruiz Molleda y Luis Andrés Roel Dávila (2011, pp. 56 y siguientes): «La primera, cuando sea necesario el desplazamiento de los pueblos indígenas, estamos ante megaproyectos o proyectos de gran envergadura; la segunda, y finalmente, cuando exista almacenamiento de materiales tóxicos. Si se aprecia con detenimiento podrá advertirse que el denominador común de todos ellos es la puesta en peligro de la subsistencia de los pueblos indígenas».

- El derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida (artículo 2, inciso 22).

En nuestra Norma Suprema, el derecho a la participación está previsto en los términos más amplios. El derecho fundamental a la participación en la vida política, económica y cultural de la Nación es, asimismo, un principio rector del Estado social. En el ámbito de los pueblos indígenas este derecho incluye el derecho a participar en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos, desde sus propias instituciones y conforme a sus valores, usos, costumbres y formas de organización. Igualmente, se conexiona con el derecho a la identidad cultural, en la medida que la cultura de los pueblos indígenas pueda ser afectada por decisiones que afecten a sus territorios.

Así, la jurisprudencia supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, sentencia de fecha 31 de agosto de 2001, ha interpretado dinámicamente que el derecho de propiedad comunal está garantizado por los párrafos 1 y 2 del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que protege el derecho de propiedad privada, que ha superado su concepción liberal-individualista (Salmón & Blanco, 2012, p. 32; Oliva Martínez, 2014, p. 1467). La Corte IDH declaró:

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos— esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho de propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

En esa dirección, la Corte IDH ha desarrollado una rica doctrina jurisprudencial que afirma la necesidad de proteger los derechos de los pueblos indígenas u originarios sobre los territorios de propiedad comunal, con la finalidad de garantizar su supervivencia física y cultural (caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay; caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay; caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam).

En la sentencia del caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, del 5 de febrero de 2018, la Corte IDH señaló que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, o cuando el derecho a la propiedad colectiva indígena y la propiedad privada entran en tensiones reales o aparentes, habrá de

valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro, sin que la limitación a este último implique la denegación de su supervivencia como pueblo. En el párrafo 117 resume la doctrina de la Corte sobre la propiedad comunal de los pueblos indígenas:

117. Por otra parte, el Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas, según la cual se indica *inter alia* que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; 4) el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas¹¹²; 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y estas han sido trasladadas legítimamente a terceros de buena fe, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad¹¹³; 6) el Estado debe garantizar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio¹¹⁴; 7) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar efectivamente y ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros¹¹⁵, y 8) el Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de su territorio y recursos naturales¹¹⁶. Con respecto a lo señalado, la Corte ha sostenido que no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra.

Sobre la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH con relación a la consulta previa, debemos resaltar como esclarecedora a la sentencia de 28 de noviembre de 2007, en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam:

133. Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha

comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.

Así, la transgresión del derecho de consulta fue determinante en la decisión de la Corte IDH para resolver que se había violado el derecho de propiedad comunal y disponer las correspondientes reparaciones.

Siguiendo a la jurisprudencia supranacional, en nuestro derecho interno, el derecho a la consulta previa puede ser calificado como un derecho fundamental.

En esa dirección, en la STC Exp. 022-2009-PI/TC, caso Gonzalo Tuanama Tuanama y más de 5000 ciudadanos, pronunciada el 9 de junio de 2010, con el voto de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Landa Arroyo y Eto Cruz, se declaró fundada la demanda y se ordenó al Ministerio de Energía y Minas que, dentro del marco de sus competencias, emita un reglamento especial que desarrolle el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, conforme al Convenio 169 de la OIT. Los magistrados Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, de orientación conservadora, se pronunciaron por declarar improcedente la demanda.

El fundamento 37 precisó el ámbito protegido del derecho a la consulta previa: 1) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus intereses y derechos grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo; 2) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y 3) El derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, excluyendo el derecho al veto.

Empero, no es suficiente la implementación del derecho a la consulta previa. Debe establecerse un régimen de coparticipación en la riqueza y, en el caso de daños,

reconocerse la indemnización correspondiente a las comunidades indígenas como lo prevé el Convenio 169 y la jurisprudencia de la Corte IDH¹⁷⁰.

Asimismo, el Supremo Tribunal en la STC Exp. 05427-2009-PC/TC, caso Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva, declaró fundada la demanda de proceso de cumplimiento interpuesta por haberse acreditado el incumplimiento parcial por parte del Ministerio de Energía y Minas de su deber de reglamentar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas reconocido en el Convenio 169 de la OIT.

Igualmente, hay que destacar a la ejecutoria de la Sala de Derecho Constitucional Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, sentencia A.P. 2232-2012, Lima, de fecha 23 de mayo de 2013, recaída en la demanda de acción popular promovida por el Instituto de Defensa Legal. En esta sentencia se declararon inconstitucionales dos decretos supremos que regulaban la participación ciudadana en materia de energía e hidrocarburos. Así, en el considerando sexto, siguiendo la jurisprudencia supranacional y constitucional que establece que el derecho a consulta tiene como finalidad obtener un consentimiento libre e informado, la Sala declaró:

En razón de este derecho fundamental, es obligación del Estado Peruano consultar a los pueblos tribales e indígenas interesados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, ello debe realizarse mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas. Por otro aspecto, la finalidad de la consulta es obtener un acuerdo, consenso, y en casos específicos obtener el consentimiento (la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene señalado que en algunos casos la consulta previa no es suficiente, además se requiere la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos en toda decisión que les pueda afectar, modificar, perjudicar los derechos de propiedad indígenas).

¹⁷⁰ En esa dirección, la STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 33. Asimismo, es relevante el fundamento 52: «Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se le otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos».

2.8. La libre disposición de la moneda extranjera

Artículo 64. El Estado garantiza la libre tenencia y 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. A nuestro juicio, la mencionada disposición debería estar integrada en el artículo 87 que afirma que el Estado fomenta y garantiza el ahorro. García Toma precisa que mediante esa disposición se permite el uso de la moneda extranjera como medio de pago, cambio o unidad de cuenta (García Toma, 1998, p. 132).

Esta disposición fue respuesta a un antecedente ocurrido en el Perú durante el primer gobierno de Alan García Pérez (1985-1990), quien después de asegurar en su campaña electoral lo contrario, en 1985 dispuso se congelaran los depósitos bancarios en moneda extranjera, para posteriormente dictar medidas de prohibición de tenencia de moneda extranjera y de control de cambios, las que causaron un severo impacto negativo en las clases medias urbanas y en el mundo empresarial.

Beaumont indica que este artículo garantiza que el ciudadano no solo pueda tener moneda extranjera en su bolsillo o en cuenta bancaria, sino que puede disponer de dicha moneda, gastándola o convirtiéndola a otra moneda. Asimismo, afirma que es una garantía única —o por lo menos excepcional— en el mundo (Beaumont, 2005, p. 893).

A nuestro juicio, la protección de la libre disposición del ahorro ya sea en moneda nacional o extranjera es una prolongación o manifestación del derecho fundamental de propiedad, que es amparable no solo desde una concepción liberal sino también dentro del marco jurídico del Estado social de derecho.

La doctrina argentina ha desarrollado su protección jurídica desde los contenidos del Estado social de derecho. Sobre el particular, cabe citar a la jurisprudencia constitucional de ese país, que declaró la inconstitucionalidad del denominado «corralito bancario» en acción de amparo contra la normativa de excepción sobre ahorros en moneda extranjera. La Cámara confirmó en lo sustancial el pronunciamiento de primera instancia, y acogió la demanda ordenando la restitución de las sumas reclamadas en la moneda de origen o el importe de pesos necesario para adquirirlos en el mercado libre. Así, declaró que:

El ‘corralito’ y ‘pesificación’ de ahorros —ley 25.561, decretos 1570/2001, 214/2002 y disposiciones concordantes [...] no pueden derogar las garantías constitucionales, ni siquiera ante las situaciones de caos económico, máxime si la emergencia

no se vincula con los padecimientos de la comunidad, sino con el interés de la banca internacional, acreedora de la Nación y las provincias y deudora de quienes le confiaron sus ahorros estando comprendidos el valor de la moneda y el ahorro en el derecho de propiedad, por lo que resultan inviolables e insusceptibles de privación salvo expropiación.

Bidart señaló respecto de este fallo:

El fallo al que dedicamos esta breve nota despliega un enérgico activismo de control [...] y estigmatiza por inconstitucionalidad todo un bloque violatorio de la libre disponibilidad de la propiedad, garantizada por el art. 14 de la Constitución, con más la inviolabilidad consagrada en el art. 17 [...] la situación actual a la que ha prestado debida atención esta sentencia deja entrever que derechos civiles de vieja estirpe —como el de propiedad— incorporan en muchos casos contenidos propios del constitucionalismo social, como es el supuesto de los ahorros y depósitos dinerarios que sus titulares reivindican para atender necesidades primarias de alto voltaje social (alimentación, vivienda, salud, etc.) (Bidart Campos, 2002c, pp. 26-27).

En suma, el derecho a libre disposición de la moneda extranjera es una manifestación del derecho fundamental de propiedad y de protección del ahorro, derechos amparados dentro del marco jurídico del Estado social y democrático de derecho en la Constitución peruana de 1993.

2.9. El derecho fundamental 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 ese sentido, en los sistemas jurídicos basados en el derecho de propiedad privada, el derecho de sucesiones es patrimonio de todos, en razón de su conexión directa con aquel, del cual es su prolongación (Ariño Ortiz, 2004, p. 214).

El denominado derecho a la herencia es un ámbito de la apropiación privada y de la transmisión *mortis causa*, protegido por la garantía institucional del derecho fundamental de propiedad. Mediante el derecho de herencia, la propiedad se perpetúa en manos privadas, y ambos derechos fundamentales constituyen elementos básicos de un orden patrimonial y social basado en la autonomía privada. En este sentido, la herencia puede estimarse incluso como una manifestación de la garantía de la propiedad que —en el sentido del texto constitucional— incluye no solo la facultad de aprovechar, sino también la de transmitirla de manera permanente (López y López, 2002, p. 279).

Sin perjuicio de ello, en nuestro ordenamiento constitucional el derecho de sucesiones se fundamenta también en la familia y el matrimonio, que la Constitución

peruana reconoce en el artículo 3 como «institutos naturales y fundamentales de la sociedad», dentro del capítulo II («De los derechos sociales y económicos») del título I. En esa dirección, Fernández y Zambrano sostienen que:

Con relación al derecho de familia, debe indicarse que, como antes mencionamos, se trata de un aspecto sobre el cual el derecho de sucesiones cumple una importante función social, pues permite no dejar desamparada a la familia al momento de la muerte del causante. Se trata de un objetivo que tiene un asidero constitucional, desde que la familia es reconocida como objeto de protección, conforme al artículo 4 de nuestra Carta Magna, y a ello debe tender todas las instituciones jurídicas contempladas en nuestro ordenamiento (Fernández Arce & Zambrano, 2012, p. 168).

El derecho fundamental a la herencia tiene su anverso y reverso: de un lado, el de poder transmitir herencia y de otro lado el derecho a recibir herencia (Lohmann, 1995, pp. 23-24). El derecho a transmitir herencia supone un reconocimiento al derecho a testar, así como el derecho y la correlativa seguridad 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. Asimismo, el derecho a recibir herencia supone poder suceder a una persona en la generalidad o parte de sus bienes.

El carácter de derecho fundamental no debe confundirse con el de derecho ilimitado. La condición limitada del derecho fundamental a la herencia se deriva del propio ordenamiento legal, esto es, del Código Civil. El ordenamiento legal establece sus alcances y límites y debe regularlo sin vulnerar el contenido esencial del derecho fundamental.

En la doctrina nacional, Lohmann distingue tres principios generales en el derecho fundamental a la herencia:

- La sucesión y persona. En nuestro ordenamiento, el artículo primero de la Constitución, que constituye su norma de apertura, señala que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado. Así, el carácter fundamental del derecho a la herencia constituye una condición para su libertad y autodeterminación (Solozábal Echevarría, 1991, p. 88). La posibilidad de estatuir reglas con efecto *post mortem* en lo referido al futuro de los bienes y sucesión de la persona, dentro de ciertos límites fijados por el ordenamiento legal¹⁷¹, es una manifestación de su libertad y una manifestación del libre desarrollo de su personalidad (Lohmann, 1995, pp. 26-27).

¹⁷¹ La limitación de los derechos fundamentales puede derivarse —como señala Solozábal (1991, p. 98)— «de la necesaria coexistencia de los mismos entre sí o con otros bienes jurídicamente protegidos». En ese orden de ideas si el ordenamiento constitucional proclama que el Estado protege a la familia como «institución fundamental de la sociedad», entonces es viable jurídicamente que el ordenamiento

- La sucesión y la familia. Como hemos señalado líneas arriba, dentro de la sección referida a los derechos sociales y económicos el artículo 4 de la Constitución peruana de 1993 conexiona directamente a la familia con el derecho a la herencia. Así la familia goza de privilegio sucesorio respecto de quienes no la integran¹⁷².
- La relación entre propiedad y herencia. El derecho de disponer *post mortem* de los bienes propios es una de las manifestaciones inherentes al derecho de propiedad. Al constituir la facultad de disposición un atributo esencial de la propiedad, se establece que la sucesión *mortis causa* es una de las maneras de transmitir la propiedad, y el derecho a disponer *post mortem* de los bienes propios se considera como una de las manifestaciones inherentes al derecho de propiedad privada (Lohmann, 1995, p. 29). En consecuencia, todo aquello susceptible de propiedad privada es susceptible de integrar la herencia. Son aplicables a la herencia y a los mecanismos hereditarios, las normas constitucionales concernientes al derecho fundamental de propiedad.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que la fundamentación iusfilosófica del derecho a la herencia es aún una cuestión controvertida, que en el futuro puede incidir en cambios en su régimen jurídico (cfr. Nagel, 1991)¹⁷³. Cabe señalar que actualmente la colectividad representada por el Estado puede participar en el patrimonio hereditario mediante el poder tributario, respetando los principios de no confiscatoriedad y de capacidad contributiva o, cuando no hay herederos, a través de entidades públicas como las sociedades públicas de beneficencia.

legal prevea límites al derecho a la autonomía testamentaria, por ejemplo cuando el testador tiene determinados familiares denominados «herederos forzosos» conforme al artículo 724 del Código Civil.

¹⁷² López y López (2002, p. 281), precisa que constitucionalmente es posible: a) Destinar bienes fuera del círculo familiar; b) Que ciertos parientes, caso de existir, perciban una parte de la herencia, aunque el causante no haya dispuesto tal percepción en caso de testar (la legítima); c) Salvando un mínimo igualitario de disponer dentro del círculo familiar, desiguando a los destinatarios. El autor considera que en orden a la vinculación familiar no funciona el principio constitucional de igualdad. 2002

¹⁷³ Nagel apunta que hay tres fuentes fundamentales de desigualdad, derivadas de situaciones ajenas a la voluntad individual: las discriminaciones (de raza y género, fundamentalmente), la clase y los talentos. Las desigualdades de clase son transmitidas a los individuos, fundamentalmente a través de la herencia. Como señala Roberto Gargarella, «La mayoría de las personas pueden estar de acuerdo, por ejemplo, en la necesidad de condenar aquellas leyes que distingan arbitrariamente entre blancos y negros, hombres y mujeres. Sin embargo, esas mismas personas tienden a disentir más habitualmente en lo que se hace al tratamiento de sujetos que nacen rodeados de distintas circunstancias materiales. Los autores igualitarios, unánimemente diría, consideran a esta como una dimensión respecto de la cual los individuos deben ser igualados». Este punto de vista filosófico permitiría sostener la necesidad de una distribución más equitativa de la riqueza y una radical igualdad de oportunidades de modo que por nacimiento nadie esté condenado a un tipo de existencia (Gargarella, 1999, p. 42).

3. EL SENTIDO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE CONTRATAR

Artículo 2. Toda persona tiene derecho: [...]

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Artículo 62. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

3.1. Autonomía privada y concepto de contrato

La autonomía privada es libertad individual. Como señala Díez-Picazo: «Reconocer libertad significa permitir, hacer, dar al individuo una esfera de actuación, pero reconocer autonomía es decir algo más, que el individuo no solo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica. En otras palabras, un reconocimiento del valor jurídico de sus actos, que serán vinculantes y preceptivos» (1993, p. 373).

El poder jurídico de la autonomía privada se halla reconocido en el artículo 1354 del Código Civil peruano, que declara que «las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo».

Desde un enfoque institucionalista, la autonomía privada, base de la libertad de contratar, es un principio general del derecho¹⁷⁴, porque es una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro derecho privado. En ese orden de ideas, la supresión de la autonomía privada llevaría consigo la total anulación de

¹⁷⁴ Los principios generales del derecho son una categoría controvertida pero central del sistema jurídico. Así, para Santamaría Pastor es «uno de los conceptos más importantes y sobre los que más se ha escrito en la ciencia jurídica, pero que más complicado resulta definir. Con ellos ocurre algo semejante a lo que San Agustín decía del tiempo. Todo el mundo sabe lo que es, pero nadie es capaz de explicarlo» (1988, p. 345). Según Eduardo García de Enterría y T. R. Fernández (1999), en todo caso, de los principios generales del derecho se sabe que existen, lo que resulta un dato de la realidad. El artículo VII del Título Preliminar del Código Civil establece que: «Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano».

la persona y su conversión en puro instrumento de la comunidad (García de Enterría & Fernández, 1999, p. 375). Así, el desarrollo de la autonomía de la voluntad lleva como consecuencia al encumbramiento de la idea de la libertad de contrato¹⁷⁵.

Como señala Merino, el contrato es la máxima expresión jurídica de la autonomía privada «no es solo un «principio» más del derecho privado, sino es el principio del derecho privado» (Merino Acuña, 2016, p. 151).

Empero, el precitado autor sostiene que si bien la libertad de contratación en nuestro ordenamiento es un derecho fundamental, en la medida que tiene una protección constitucional directa en el artículo 2, inciso 14 de la Norma Suprema, no participa de la misma naturaleza que los derechos de la libertad, sino que por ser un derecho de autonomía implica un poder intrínseco y un tratamiento diverso al que no se le puede aplicar la cláusula general de la libertad: Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (artículo 2, inciso 24, literal a)¹⁷⁶. Así es necesario regular y orientar la autonomía privada para prevenir el abuso del derecho (Rubio Correa, Eguiguren & Bernales, 2018, pp. 184-185).

En consecuencia, frente a los abusos en la libertad de contratar es aplicable la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* o la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. De Vega la resume en los siguientes términos:

Porque la realidad social del Estado constitucional no funciona desde la simetría y paridad en las relaciones privadas que exigiría la autonomía de la voluntad, y porque, en consecuencia, desde situaciones de privilegio se pueden conculcar los derechos y libertades de quienes ocupan las posiciones más débiles, existe una tendencia generalizada doctrinal, jurisprudencial e, incluso, legalmente, a admitir la fórmula de la eficacia directa frente a terceros de los derechos fundamentales.

Desde el punto de vista doctrinal militan claramente en esta orientación autores como Neumann, Nipperdey, Scheumer, Lombardi, Gomes Canotilho, etc. A su vez, desde la jurisprudencia, cabría recordar el carácter paradigmático que en Europa adquirió la famosa sentencia de 1956 del Tribunal Laboral Federal Alemán,

¹⁷⁵ Como bien se sabe, el Código de Napoleón fue fiel heredero de estas ideas, cuyo texto tiene como trasfondo una concepción liberal de la organización y económica.

¹⁷⁶ Así, la STC Exp. 02185-2002-PA/TC, fundamento jurídico 2, asume que el contrato se sustenta en la autonomía de la voluntad. En la doctrina nacional, en una tesis distinta, Marcial Rubio Correa, Francisco Eguiguren y Enrique Bernales (2018, p. 469) son partidarios de equiparar libertad personal con autonomía privada: «La libertad de contrato emerge del principio de libertad general establecido en el artículo 2 inciso 24 literal a) de la Constitución y esto trae como consecuencia práctica que la determinación ya mencionada de con quien contratar sea protegida de manera absoluta por el núcleo duro constitucional del derecho mencionado».

siendo presidente del mismo Nipperdey, o las sentencias de la Corte Suprema Argentina, que no duda, por ejemplo, en sostener en los casos Siri y Samuel Knot que: «Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados derechos humanos esté circunscrita a los ataques que provengan de la autoridad solamente [...] Hay ahora una categoría de sujetos con o sin personalidad jurídica que solo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, las asociaciones profesionales, las grandes empresas que acumulan un enorme poderío material y económico. Y no es discutible que estos entes colectivos representen una fuerte amenaza contra los individuos y sus derechos esenciales» (Vega, 1988, p. 133).

En Alemania, la doctrina de Nipperdey fue asumida en materia laboral por el Tribunal Laboral Federal y se extendió al ámbito del derecho civil, tal como lo destaca Carmona:

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal trató de sortear este escollo al resolver el famoso caso Lüth-Urteil, de 15 de enero de 1958. Entendió esta Sentencia que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución rigen también en las relaciones entre particulares y precisamente actúan a través de ciertas disposiciones de derecho civil, en particular, las llamadas 'cláusulas generales' (exigencia de actuar de 'buena fe' o respetando las 'buenas costumbres', etc.). De este modo, en la interpretación y concreción del significado de estas cláusulas, han de utilizarse preferentemente los derechos fundamentales de la Constitución. En particular, son los jueces ordinarios quienes, a la hora de aplicar estas disposiciones de derecho civil, deben interpretarlas de acuerdo con los preceptos constitucionales. Así, se expresa en la sentencia Lüth-Urteil antes mencionada (Carmona, 2000, p. 167).

Con relación a estos límites a la libertad de contratar, el destacado civilista peruano León Barandiarán sostuvo la importancia del interés social:

Dentro de un concepto ortodoxo acerca de la eficacia de la autonomía de la voluntad, es muy difícil admitir la modificación en los términos en que fue plasmado el contrato. Más hoy tal punto de vista está superado, como que responde a una apreciación individualista del Derecho. Este se aprecia limitado y supeditado por los imperativos del interés social. De aquí que no puede considerarse a la mera voluntad individual que se expresa en un acto contractual, como capaz para engendrar derechos y correlativas obligaciones que atenten contra las recomendaciones de la equidad y la buena fe, al hacerse exigibles aquellas (León Barandiarán, 1991-1997, IV, p. 60).

En esa misma dirección, Arias Schreiber, comentando el auge y crisis de la autonomía de la voluntad, afirmó la relevancia jurídica de la solidaridad social en la transformación del contrato:

La expresión de Lacordaire, señalando que entre el fuerte y el débil es la libertad la que oprime y la ley la que libera, influencia los modernos códigos civiles, entre los que se encuentra el peruano, y representan la tendencia de *socialización del Derecho*, tratando de derogar todo aquello que pueda estar al servicio exclusivo del interés individual y en perjuicio de la colectividad. El concepto de solidaridad social está llevando cada vez más rápidamente a la transformación de los códigos civiles de tipo individualista basados en el Código Civil francés de 1804, en códigos privados sociales donde coexisten equilibradamente el dirigismo contractual y la autonomía de la voluntad (Arias Schreiber Pezet, 1987, I, p. 32) (cursiva agregada).

Para el liberalismo, la seguridad jurídica es un cauce para la libertad de iniciativa económica y el disfrute de la propiedad (Pérez Luño, 1990, p. 51). Sin embargo, en el siglo XX perdió su carácter de ilimitada cuando entra en conflicto con la protección de otros bienes jurídicos constitucionales. Como resume Merino:

En dicho contexto, se afirma que el derecho de los contratos es mejor entendido como basado en dos ideas fundamentales y conflictivas: la autonomía y la solidaridad. La idea de autonomía está políticamente ligada al liberalismo (la derecha) y sus dogmas típicos en el derecho de los contratos son la «libertad de contratar» y la «fuerza vinculante del contrato». La idea de solidaridad, por otro lado, está políticamente ligada al Estado de bienestar (la izquierda) y sus principales dogmas en el derecho de los contratos son «el deber de buena fe» y la «necesidad de específicas normas imperativas para proteger a las partes débiles» (Merino Acuña, 2016, p. 190).

En materia de la libertad de contratar, el neoliberalismo de la década de 1990 propuso retrotraernos a la privatización del contrato¹⁷⁷. Empero, el Código Civil de 1984

¹⁷⁷ Sobre la influencia del economicismo en la contratación, Eduardo Hernando afirma que: «La idea central que comenzaba a perfilarse en la teoría contractual tenía que ser entonces la del beneficio mutuo y la de la neutralidad de la institución. Los contratos se gestaban, como dijimos en un espacio alejado de lo social y de lo político y esto implicaba, por último, que se trataba de una institución justa en la que no intervenía elementos distorsionadores. Es más, precisamente la idea de la neutralidad que rezumaba toda la teoría contractual revestía al derecho moderno de tales virtudes y esto obviamente hacía del derecho civil el aliado más apropiado y seguro del liberalismo» (2000, pp. 180-181). Como señala Dalla Via, el movimiento de Estudios de Crítica Legal (ECL) utiliza argumentos de crítica del orden jurídico dominante de la filosofía política social de origen continental, influencias marxistas y autores tan variados como Habermas, Foucault, Nietzsche, Rorty, entre otros (2002, p. 95). En ese sentido, la ECL sostiene criticando que: «La ley contractual sirve a la función ideológica para reforzar la concepción que

había sido constitucionalizado y socializado en el marco de la Constitución de 1979, que consagraba el sistema de economía social de mercado. Evidentemente la privatización radical del contrato en aras de la eficiencia económica es incompatible con el Estado social de derecho y al valor de la solidaridad que lo inspira.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú ha rescatado algunos principios de socialización del contrato más allá de la voluntad del constituyente de 1993. Así, sobre las características del contrato en la STC Exp. 00047-2004-PI/TC caso Gobierno Regional San Martín c. Congreso de la República, fundamento jurídico 44, asume la definición de Miguel Reale:

1. Manifestación de voluntad de las personas legitimadas para hacerlo.
2. Forma de querer que no contradiga la exigida por ley.
3. Objeto lícito.
4. Paridad o al menos debida proporción entre los participantes de la relación jurídica.

Siguiendo la necesidad de paridad en la relación contractual, se puede asumir que, si existe una parte fuerte y una parte débil, entonces la parte fuerte desea solo la protección constitucional de su libertad de contratar —derivada de su autonomía privada— y, por otro lado, la parte débil, debe ser tutelada en su correspondiente libertad de contratar, que a su vez debe ser protegida dentro del marco jurídico de la cláusula del Estado social (Merino Acuña, 2016, p. 187).

Las normas imperativas parecen obstáculos al «orden espontáneo», interferencia del Estado-legislador. La actuación del juez, cualquiera sea, un entrometimiento imprudente de quien desconoce el tráfico. La parte general, se piensa, podría desaparecer «sin pena ni gloria», o bien para la felicidad del mercado. Bastaría con un texto como el 1197 del Código Civil argentino: las convenciones libremente celebradas por las partes forman una regla a la cual deben someterse como la ley misma. O mejor, una «regla obligatoria sin excusas liberatorias», para de este modo obviar toda referencia a la ley del Estado *intervencionista*. Es obvio que no creen en el elemento causa, como parte sustancial del negocio y tampoco en la versión jurídica del objeto y del consentimiento: objeto libre y acuerdo del modo que fuere, siempre que lleve las firmas.

¿Cómo contratar en una economía de mercado?
Jorge Mosset Iturraspe

la ley es neutral, autónoma, que no puede ser desafiada y que es el producto de un análisis razonado» (citado por Hernando, 2000, p. 181).

[...] se nos ofrece una hábil y recatada versión de tendencia permisiva del incontrolado poder de las grandes empresas y de las multinacionales, autorizada por el lenguaje propio de la ciencia económica a la moda [...] supone propugnar una sociedad amoral, en la que el débil es sacrificado, en el altar de la eficiencia del mercado, en beneficio de los *grandes de la economía*.

[...] quien firma, cerrando los ojos, una cláusula leonina o abusiva, no lo hace en general por falta de diligencia, sino por necesidad. Sabe como todo el mundo, que si ha de obtener la mercancía o servicio que desea o necesita, tiene que aceptar las condiciones que el empresario o profesional exige, ya que el mercado no ofrece otras opciones, dadas las prácticas en él dominantes [...]

Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad
Federico de Castro y Bravo

3.2. El orden público económico

Se conceptúa al orden público como un estándar jurídico, «un concepto en blanco, subjetivo, esencialmente histórico y relativo» (Raneletti, citado por González Pérez, 1971, p. 31). Según Borda, «una cuestión se llama de orden público cuando responde a un interés general, colectivo, por contraposición a la autonomía u orden privado, en la que juega un interés particular» (1989, p. 38).

En la doctrina española, Alonso García precisa que no es el fundamento para la restricción al ejercicio de derechos y libertades fundamentales sino su ejercicio con plenas garantías:

Constituye orden público no la causa justificativa del límite o restricción de las libertades, sino su ejercicio con plenas garantías, es decir, *la plena vigencia de los valores básicos que constituyen el ordenamiento jurídico-constitucional*.

Los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección primera constituyen por excelencia este orden público constitucional dado que ningún otro grupo de preceptos afirma sus pretensiones de vigencia con tanta intensidad, pretensiones que constituyen la esencia misma del «pacto constitucional» (Alonso García, 1984, pp. 352-353) (cursiva agregada).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú se refiere al orden público como el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento, en sentido amplio que son necesarias para la vida en comunidad. Así, la STC Exp. 3283-2003-AA/TC, fundamento 28:

El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación

y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad.

En la doctrina nacional, el orden público es definido por Juan Espinoza como compuesto por «los principios no solo jurídicos, sino sociales, económicos, morales, entre otros) sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad».

Así, este autor distingue el concepto estático del orden público, límite a la autonomía privada del concepto dinámico. Entiende a este último como una obligación de un Estado promotor de la satisfacción de las necesidades de sus integrantes y lo ejemplifica con el artículo 3, segundo párrafo de la Constitución italiana de 1947, que conocemos como el principio de igualdad sustancial (Espinoza Espinoza, 2003, p. 55).

A nuestro juicio, el orden público económico es una materialización del orden público en la vida económica de la Nación. Emerge en el siglo XX como un contrapeso a los excesos del liberalismo clásico del siglo XIX. Se señala al destacado jurista francés Georges Ripert (1880-1958) como su autor, quien afirmó que «junto a la organización política del Estado hay una organización económica tan obligatoria como la otra. Existe, en consecuencia, un orden público económico» (Ripert, 1951; citado por Avilés Hernández, 1998, p. 194).

Otro autor francés a quien se la atribuye el concepto es Gerard Farjat, quien lo definió como «el conjunto de medidas adoptadas por los poderes públicos tendientes a organizar las relaciones económicas» (1971, p. 39). Farjat distinguía entre orden público de dirección —referido a las medidas de política económica— del orden público de protección, centrado en las medidas orientadas a equiparar la actividad contractual en la que exista una asimetría económica entre las partes contratantes.

Esta noción fue evolucionando al punto que el orden público económico, según Díez-Picazo, está estructurado por las reglas básicas del sistema económico:

El orden público económico está constituido por las reglas básicas con arreglo a las cuales en un momento histórico dado aparece organizada la estructura y el sistema económico de la sociedad». [...] «no lo constituyen solo las actividades del Estado para conformar económicamente a la sociedad sino también las directrices básicas sobre las cuales se asientan, en cada momento histórico dado, el sistema y la estructura económica de esta misma sociedad (Díez-Picazo, citado por Sainz Moreno, 1977, p. 606, n. 20).

En la doctrina chilena —que en América Latina ha desarrollado con profundidad el concepto de orden público económico— el profesor Cea Egaña lo define como

integrado por «el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución».

Agrega además que no se limita al texto de la Norma Suprema:

El concepto en estudio no es solo de índole constitucional ni se agota en la Ley Fundamental. Aunque es cierto que en este nivel se torna necesario centrar los criterios esenciales conforme a los cuales se dicten las reglas y decisiones complementarias pertinentes, fuerza es tener conciencia de que el Orden Público Económico comprende el *conjunto de principios, normas y medidas jurídicas*, en sus diversas jerarquías y especies, *dirigido a organizar y regular ese aspecto de la convivencia humana*, incluyendo la dirección, promoción y control de él, tanto como la penalidad de las transgresiones (Cea Egaña, 1988, p. 158) (cursiva agregada).

En España, el Tribunal Constitucional destaca el voto particular conjunto en la controvertida STC 111/1893 recaída en el caso Rumasa S.A., en el que se sostuvo:

En un Estado social y democrático de derecho [...] *el concepto de orden público*, debidamente concretado, no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio de determinadas libertades y derechos [...] fundamentales [...] sino que, con mayor razón, ha de serlo para las libertades de contenido patrimonial, como los de propiedad y libertad de empresa, que gozan de un menor nivel de protección constitucional y tienen como límite la función social (art. 33.1) y las exigencias de la economía nacional (art. 38) (cursiva agregada).

La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-233/97 lo define conexionándolo directamente con el interés público:

[...] al sistema de organización y planificación de la economía instituida en un país [...] Se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población. Con razón esta Corporación ha sostenido que: «...al Estado corresponde desplegar una actividad orientada a favorecer el cabal cumplimiento de las prerrogativas inherentes a la libre iniciativa y la libertad económica y, a la vez, *procurar la protección del interés público comprometido, en guarda de su prevalencia sobre los intereses particulares* que pueden encontrar satisfacción, pero dentro del marco de las responsabilidades y obligaciones sociales a las que alude la Constitución» (cursiva agregada).

A nuestro juicio, el orden público económico constituye una dimensión axiológica inspirada por los valores superiores de la dignidad humana, la libertad y autonomía personal, la justicia social, la igualdad sustancial y la solidaridad, dentro del marco jurídico de la cláusula del Estado social de derecho, que organiza la vida económica de la Nación.

Con relación al orden público como límite al ejercicio de la autonomía privada, se debe destacar en el derecho comparado al artículo 6 del Código Civil francés, que dispone que «no se podrán derogar mediante convenios particulares las leyes que afectan el orden público y las buenas costumbres».

En esa dirección, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil del Perú preceptúa: «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o las buenas costumbres».

Así, se marca los límites de la autonomía privada y se expresa por el legislador la importancia del orden público mediante su ubicación sistemática en el Título Preliminar del Código Civil.

En esa dirección, entre las causales de nulidad absoluta del acto jurídico, el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil prevé que el acto jurídico es nulo en el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, se debe citar al fundamento 53 de la STC Exp. 001-2005/PI, recaída en el caso José Alfredo Chinchay Sánchez, referido a la obligación de contratar seguros a través del seguro obligatorio de accidentes de tránsito-SOAT, el Supremo Tribunal asumió sobre el orden público como instituido en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libertad de contratar:

Así, las cosas, el orden público al que hace alusión el numeral 2.14 de la Constitución hace explícita la carga institucional de todo derecho fundamental que supone *la libertad de contratación no pueda ser apreciada como una isla oponible a costa de la desprotección de otros derechos fundamentales. Por ello, en criterio de este Tribunal, en un Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución), el orden público y el bien común se encuentran instituidos en el propio contenido protegido del derecho fundamental a la libertad de contratación, actuando sobre él, cuando menos, en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora.* Prohibitiva en el sentido de que, como quedó dicho, ningún pacto contractual puede oponerse al contenido protegido de otros derechos fundamentales. Y promotora, en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que, de un lado, no se afecte el contenido esencial del derecho de la libertad de contratación, y de otro, se tenga por objeto conceder debida protección a otros derechos fundamentales (cursiva agregada).

En la STC Exp. 3283-2003-AA/TC, caso Taj Mahal Discoteque, en el fundamento 28 el Supremo Tribunal explicita una definición de orden público:

El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad.

3.3. Contenido esencial de la libertad de contratar

En la STC Exp. 008-2003-AI/TC, caso Roberto Nesta Brero, nuestro Supremo Tribunal desarrolla el contenido esencial de la libertad de contratar y asume que tiene los siguientes componentes:

- El derecho a decidir la celebración o no de un contrato.
- El derecho a elegir con quien contratar¹⁷⁸.
- 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 o de configuración contractual¹⁷⁹.

Cabe señalar que dentro de un sistema económico basado en el mercado debe considerarse prohibido el control de precios, ya sea bajo la modalidad de precios mínimos o máximos¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Bidart Campos (1986, I, p. 298), señala que el principio admite excepciones de interpretación restrictiva en casos muy excepcionales de razonabilidad suficiente, por ejemplo, el Estado puede obligar a contratar lisiados de guerra en el régimen privado. A nuestro juicio, la libertad de elegir con quién contratar debe respetar los derechos fundamentales, como el derecho de igualdad, pudiendo la ley prohibir discriminaciones por razón de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Asimismo, es destacable en la jurisprudencia estadounidense, el caso «Shelley versus Kraemer» en el que la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró inconstitucionales los acuerdos o pactos privados que permitían a los propietarios privados no alquilar o vender a personas de minorías raciales, por considerar que violaban la Décimocuarta Enmienda de la Constitución que prevé ningún Estado puede negar la igualdad de protección de sus leyes (cláusula *Equal Protection*).

¹⁷⁹ En ese orden de ideas, la STC Exp. 07339-2006-PA/TC, fundamento jurídico 47.

¹⁸⁰ Sunstein (2004, p. 33) sostiene: «un sistema que crea precios mínimos para la leche, por ejemplo, puede ayudar a algunos productores de leche, pero también creará escasez de un producto importante y elevará los precios para los consumidores, que muchas veces serán gente pobre. Los precios máximos, a su vez, pueden producir escasez de productos importantes». En la STC Exp. 0008-2003-AI/TC, en el fundamento 52 se analiza la proporcionalidad en el caso concreto de la fijación de precios mínimos.

El Tribunal Constitucional en la STC Exp. 0004-2004-AI/TC, caso Bancarización e ITF ha precisado en el fundamento jurídico 7, respecto al contenido esencial de la libertad de contratar que:

Al respecto, la exigencia de utilizar un determinado medio de pago para cumplir las obligaciones que surjan como consecuencia de la celebración de un contrato, bajo la amenaza de perder el derecho a deducir gastos, costos o créditos, a efectuar compensaciones, a solicitar devoluciones de tributos, saldos a favor, reintegros tributarios, recuperación anticipada y restitución de derechos arancelarios, constituye una evidente limitación del derecho fundamental a la libertad de contratación. Sin embargo, conforme al criterio uniforme de este Colegiado, ningún derecho constitucional tiene la condición de absoluto¹⁸¹, pues podrá restringirse: a) *cuando no se afecte su contenido esencial*, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho de toda funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, b) cuando la limitación del elemento ‘no esencial’ del derecho fundamental¹⁸² tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (cursiva agregada).

El Tribunal Constitucional asume que la legislación de bancarización respeta el principio de proporcionalidad y que no afecta el contenido esencial de la libertad contractual. Así, enfatiza en el fundamento jurídico 11 de la precitada sentencia que el legislador no ha pretendido menoscabar más allá de lo necesario la libertad contractual, por cuanto:

1. Se establece un monto mínimo a partir del cual se deberán utilizar los referidos medios de pago bancarios;
2. Se prevé una amplia gama de medios de pago susceptibles de ser utilizados dentro del sistema financiero;
3. Se prevé supuestos específicos de exoneración de la exigencia de utilización de los referidos medios de pago bancarios, entre los que se encuentran diversas entidades y personas naturales.

¹⁸¹ En rigor, sí existen casos en los cuales hay derechos absolutos en la doctrina constitucional, como el derecho a no ser sometido a torturas o tratos degradantes. Así lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de 18 de enero de 1978 (caso Irlanda c. Reino Unido); de 7 de julio de 1989 (caso Soering c. Reino); de 15 de noviembre de 1996 (caso Chahal c. Reino Unido); de 18 de diciembre de 1996 (caso Aksoy c. Turquía) y de 28 de julio de 1999 (caso Selmouni c. Francia).

¹⁸² En la STC Exp. 02190-2010-PA/TC, fundamento jurídico 4, se precisa que los asuntos relacionados con los supuestos actos de incumplimiento contractual no pertenecen a su contenido constitucionalmente protegido, por lo que deben ser dilucidados en la vía ordinaria.

3.4. El dogma de la santidad de los contratos

A nuestro juicio, el dogma de la santidad de los contratos debe ser revisado mediante una interpretación constitucional innovativa. Como cuestión previa, hay que diferenciar la fuerza vinculante de los contratos con el dogma de la santidad de los contratos. Así, como precisa Merino:

Debe diferenciarse la fuerza vinculante del contrato con el llamado principio de ‘santidad de los contratos’. La fuerza vinculante (el contrato tiene fuerza de ley...) asegura la obligatoriedad en el cumplimiento de las reglas contractuales establecidas; la santidad de los contratos se refiere más bien a la imposibilidad de que el Estado pueda intervenir en las reglas privadas. Así, la fuerza vinculante tiene un cúmulo de excepciones previstas legalmente como la excesiva onerosidad de la prestación, la lesión o el desestimiento: la fuerza de la ley del contrato encuentra desmentidos gradualmente más numerosos y relevantes (Merino Acosta, 2016, p. 197).

Sobre las limitaciones constitucionales a la libertad de contratar se debe citar al voto disidente del *justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Oliver Wendell Holmes, en la sentencia del caso *Lochner vs. Nueva York*. En esta sentencia, la Corte Suprema anuló una ley del Estado de Nueva York, conforme a la cláusula del debido proceso contenida en la Decimocuarta Enmienda de la Constitución. Así, determinó que la ley que estableció que no se exigirá ni permitirá a ningún empleado trabajar en las panaderías más de setenta horas a la semana ni diez horas al día, configuraba una intervención irrazonable, innecesaria y arbitraria con el derecho y libertad del individuo a contratar su trabajo.

Esa sentencia es recordada hasta la actualidad por el voto disidente pronunciado por el *justice* Holmes en 1905, quien señaló sobre el rol de la Constitución con relación al sistema económico que

[...] la Constitución no ha pretendido hacer suya una teoría económica determinada, bien se trate del paternalismo, del organicismo o del *laissez faire*. Una Constitución está hecha por el pueblo, y el pueblo son personas cuyas ideas fundamentales y convicciones pueden o no coincidir. El hecho de que pensemos que alguna idea es natural, o novedosa o incluso chocante, no debe influir en nuestro juicio acerca de la constitucionalidad de las leyes que son expresión de ellas (cfr. Carbonell, 2007).

Asimismo, de manera elocuente anotó: «la enmienda 14 no constitucionaliza la *Social Stactis* de Herbert Spencer», pensador liberal que afirmaba que «toda criatura incapaz de bastarse por sí misma debe perecer».

En los Estados Unidos el texto de la Constitución solo reconoce expresamente derechos y libertades económicas en el sentido de libertades negativas, de no injerencia estatal. Por ello, hay quienes erróneamente han sostenido que constitucionaliza un sistema económico liberal sin matices. Otros sostienen que esta afirmación fue válida antes del *New Deal* (1933-1938) durante el gobierno de Franklin D. Roosevelt, etapa en que se desarrolló un sistema capitalista con dirección estatal. A raíz de este proceso, la jurisprudencia de la Corte Suprema desarrolló un giro gradual de interpretación innovativa, abriendo la posibilidad de que el gobierno diseñe políticas y la legislatura dicte leyes para la consecución de fines sociales. Así, a partir del *New Deal* se expiden sentencias que reconocen limitaciones constitucionales a las libertades económicas. En 1937 con la sentencia del caso *West Coast Hotel Co vs. Parrish*, la Corte puso fin al dogma ultraliberal iniciado con el caso *Lochner* al declarar la constitucionalidad de una ley de salario mínimo para las mujeres del estado de Washington.

En Argentina, la sentencia del caso *Avico vs. Saúl G. de la Pesa* (172 Fallos 21, año 1934) expedida por la Corte Suprema de la Nación, sostuvo que la Constitución debía ser interpretada «de tal forma que se adapte a las realidades y exigencias de la vida moderna, sin buscar obstinadamente cuál fue hace cien años el pensamiento de sus autores». En este caso, la Corte asumió el criterio de que los derechos la libertad de contrato no son absolutos. Así, una ley de moratoria y reducción de intereses hipotecarios se justifica si se demuestra que hay una crisis grave y extendida y se cumpla con que 1) la finalidad de procurar un fin de interés público que sea legítimo; y 2) los medios empleados —moratoria y reducción— sean una justa y razonable regulación de los derechos contractuales, lo que ocurre cuando se mantiene el valor dado en préstamo (cfr. Cinciardo & Sacristán, 2014).

Esta sentencia emblemática asume el carácter retroactivo de las leyes de orden público y la equivalencia entre orden público, interés público y bienestar general. Se cita expresa y extensamente la sentencia del caso *Home Building and Loan Association vs. John H. Blaisdell* y señora *Blaisdell*. Se trata de un caso en que se cuestionó la validez de una ley del Estado de Minnesota de 1933, conocida como la Ley de Moratoria Hipotecaria, por ser incompatible con la denominada *contract clause*¹⁸³ y con la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución Federal. La Corte Suprema de la Nación fundamentó su sentencia con una extensa cita jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

¹⁸³ Artículo 1, sección 10 de la Constitución de Estados Unidos de América, que declara que: «Ningún estado celebrará tratado, alianza o confederación alguna; concederá patentes de corso y represalia, acuñará moneda, emitirá cartas de crédito, autorizará el pago de deudas en otro numerario que no sea oro y plata; aprobará ningún proyecto para condenar sin celebración de juicio, *ley ex post facto que menoscabe la obligación de los contratos*, no concederá títulos de nobleza».

Se cita el voto en mayoría sustentado por el presidente de la Corte Suprema, el juez Hughes. De su texto extraemos los siguientes párrafos:

Los intereses económicos del Estado deben justificar el ejercicio de su poder protector, continuo y dominante, no obstante su injerencia en los contratos. Cita a continuación el caso *Manigault v. Springs* (199 U.S. 473), en el que la Corte Suprema dijo: «Es jurisprudencia establecida por esta Corte que la prohibición de las leyes que alteren las obligaciones de los contratos *no impide al Estado ejercer los poderes de que se halla investido para promover el bien público o que son necesarios para el bienestar general del público, aunque por ello puedan ser afectados los contratos celebrados entre individuos*. Este poder, que en sus varias ramificaciones es conocido como el poder de policía *es un ejercicio del soberano derecho del gobierno para proteger la vida, salud, moral, solaz ('comfort') y bienestar general del pueblo, y es superior a cualesquiera derechos emergentes de los contratos entre los individuos*» (cursiva agregada).

Citando los fallos de los Tomos 248, U.S. 372; 251 U.S. 228, 279 U.S. 125; y 249 U.S. 269, agrega:

Se recalca el argumento de que en los casos que hemos citado solo estaba afectado incidentalmente la obligación de los contratos. Este argumento proviene de un concepto erróneo. *La cuestión no es si la acción legislativa afecta a los contratos, directa o indirectamente, sino si la legislación está dirigida a un fin legítimo, y si las medidas adoptadas son razonables y apropiada para esa finalidad [...]* Indudablemente, cualquier cosa (o sea lo que fuere) que es reservado del poder del Estado debe ser compatible con el espíritu de la limitación constitucional de ese poder. El poder reservado no puede ser interpretado en el sentido de destruir la limitación, ni la limitación debe ser interpretada en forma que destruya el poder reservado en sus aspectos esenciales. Deben ser interpretados el uno en armonía con el otro. Este principio impide o excluye una interpretación que permitiera a un Estado el adoptar como programa el repudio de las deudas o la destrucción de los contratos o la negación de los medios para hacerlos cumplir. Pero de ello no se sigue que no puedan surgir condiciones en las cuales, una restricción temporal respecto al cumplimiento forzoso de los contratos, si ellas fuesen necesarias por una grande calamidad pública, como el incendio, la inundación o terremoto (249 U.S. 47). La reserva del poder del Estado apropiada para esas condiciones extraordinarias debe considerarse que es parte de todos los contratos, como es la reserva del poder del Estado a fin de proteger el interés público en las otras circunstancias que nos hemos referido. *Y si el poder del Estado existe para dar alivio temporal contra la ejecución de los contratos en presencia de desastres debidos a causas físicas, como fuego, inundación o terremoto, no puede decirse que ese poder sea inexistente cuando necesidades públicas urgentes que requieran alivios, son producidas por causas económicas* (cursiva agregada).

En suma, sostenemos que el dogma liberal de la santidad de los contratos debe ser dejado de lado, por ejemplo, en situaciones de emergencia económica, en aras de 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, como reza el artículo 44 de la Constitución de 1993.

3.5. Interpretación de la libertad de contratar en el marco del principio de unidad de la Constitución

Por otro lado, el Estado quedaría encerrado dentro de su propia supuesta infalibilidad, pues sería impotente para corregir lo que debería ser corregido, Dictada una pauta sobre el contenido de los contratos, nada podría hacer el Estado para enmendarla, pese a las injusticias a que pudiera dar lugar, porque ninguna norma legal posterior a la celebración del contrato podría tener efecto alguno.

Sin embargo, estas serán las consecuencias de la aplicación estricta de la segunda parte del artículo 62 de la Constitución. El contrato cobra una santidad que no tenía en la Constitución de 1979, según la cual la ley regula el ejercicio de la libertad de contratar para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho; y que no tenía tampoco en el Código Civil de 1936 ni en el de 1984. [...] Personalmente no participo de la posición que ha tomado la segunda parte del artículo 62 de la Constitución, pues soy partidario de un intervencionismo estatal sensible y prudente, que permita alcanzar lo que, con mayor o menor propiedad, se ha denominado la socialización del contrato, expresión que nada tiene que ver con la doctrina del socialismo, pues como dice Bidart Campos, lejos de significar un curso hacia la colectivización de los medios productivos, aspira a desfraccionar la riqueza mal acumulada y a descomprimir el poder económico.

La libertad de contratar
Manuel de la Puente y Lavalle

El artículo 62 de la Constitución peruana de 1993, 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. Así, ha dado lugar a una interpretación de la libertad de contratar en manifiesta incompatibilidad con el artículo 1355 del Código Civil, que prevé: «La ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos»¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Esta concepción liberal de intangibilidad irrestricta de los contratos tiene los siguientes fundamentos jurídicos en el derecho constitucional argentino: a) Los derechos y obligaciones emergentes de los contratos ya estipulados son considerados por el derecho judicial como integrantes del derecho de

Durante el debate constitucional de 1993 en la Comisión de Constitución y Reglamento, destacó la oposición al texto de este artículo sostenida por Carlos Ferrero Costa, integrante de la mayoría, quien enfrentó a la posición sustentada por el ultraconservador Chirinos Soto. Así, Ferrero sostuvo:

O sea que el Estado no podría tener capacidad para, defendiendo el interés común, incluir la defensa de lo que son los propósitos de la colectividad e interrumpir un contrato privado que puede haber nacido lícito, pero que en determinado momento puede convertirse en algo inconveniente para la sociedad. Lo que puede y debe hacer el Estado es indemnizar y devolver los perjuicios que causa con la interrupción de un contrato entre las partes, pero no podemos negarle al Estado el derecho de interrumpir un contrato por causas de interés nacional (CCD, 1998, III, p. 1860).

Chirinos Soto sostuvo una defensa dogmática de la inmutabilidad de los contratos:

El alegato del señor Ferrero es típicamente a favor del Estado totalitario. Aquí de lo que se trata es de contratos entre terceros, particulares que contratan lícitamente, válidamente, conforme a la ley de hoy. El Estado no puede, dentro de cinco años, decir que no sirve ese contrato. El Estado no puede entrar a eso. Eso es lo que se pone. Y las argumentaciones sobre el interés público son las mismas de Hitler, de Mussolini y compañía, de Fidel Castro, de la izquierda democristiana de Radomiro Tomić y de Héctor Cornejo Chávez (p. 1862).

A su vez, Ferrero refutó la tesis de Chirinos precisando que con ese dogma no existe el interés público:

¿Acaso solo interesa proteger al contratante y no interesa proteger a la sociedad? Ha dicho el doctor Chirinos Soto que una sociedad será feliz si los contratos se respetan. Una sociedad será feliz cuando sea justa. Y si el contrato es injusto, el contrato debe romperse. De lo contrario, no hay Estado ni interés colectivo (p. 1866).

propiedad, al que la constitución protege como inviolable en su art. 17; b) las leyes no pueden privar de derechos ya incorporados al patrimonio como propiedad («adquiridos»); c) por ende, una ley posterior al contrato que modifica sus efectos futuros, es retroactiva, en cuanto anteriormente las partes ya adquirieron derecho (ingresado a su patrimonio como propiedad) a las prestaciones pactadas por todo el tiempo de duración del contrato, y esa prestaciones emergentes de un contrato anterior a la ley se verían afectadas para el futuro por dicha ley; ahí radica su retroactividad, que en el caso es inconstitucional porque priva de propiedad adquirida» (Bidart Campos, 2002c, p. 299).

En la doctrina civilista, Cárdenas Quirós sostiene una interpretación innovadora del artículo 62 de la Norma Suprema que compartimos (Cárdenas Quirós, 2000, pp. 257-272). Sus argumentos son los siguientes:

- El legislador no puede renunciar al dictado de normas imperativas o de orden público que afecten las relaciones obligatorias en curso de ejecución¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Como señalan Díez-Picazo y Gullón, el orden público no viene a ser más que la expresión que se le da a la función de los principios generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulnera. Básicamente han de tenerse en cuenta hoy, como integrantes del orden público, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Afirman estos autores que: «Dentro de la literatura jurídica sobre el orden público ha adquirido relieve destacado desde el principio de este siglo el tema del *orden público económico* (cursiva nuestra), consecuencia de la intervención del Estado en la vida económica, que no se abandona ya al puro juego de los intervinientes en el mercado [...]. Más adelante concluyen: «Es evidente que la intervención del Estado a la que nos estamos refiriendo se producirá a través de normas jurídicas imperativas. Pero al lado de ellas, o fuera de ellas, existen unos principios en que se asienta el orden social en su faceta económica. Así, por ejemplo, un Estado que acepte lo que se ha denominado «economía social de mercado» dirige la vida económica partiendo del postulado de la eficacia de la iniciativa privada y oponiéndose a la creación de trabas artificiales para su juego en el mercado (p.ej., concierto entre varios industriales para eliminar la competencia entre ellos, bien fijando un precio de venta para su producto, bien estableciendo condiciones que han de observar en sus relaciones con terceros), tiene unos principios básicos del orden económico, aunque no se hayan traducido en normas imperativas, que deben limitar la autonomía privada en el sentido de que no pueden desenvolverse en contra de los mismos» (1994, p. 378). Sobre el particular, Cárdenas Quirós (2000, p. 263) cita a José Merlich Orsini, quien sostiene que: «Aunque estimo plausible que la Constitución consagre como principio de orden público la irretroactividad de las leyes encuentro excesivo que se considere intangible toda estipulación contractual por poderosas que sean las razones que justifiquen la modificación de una situación jurídica general que las partes hubieran tenido en cuenta al concertar su contrato y que el legislador llegare a reputar en el futuro contraria al sentimiento colectivo de lo que es la Justicia». Para la teoría neoliberal de los derechos humanos el concepto de orden público sería propio de un Estado intrusivo sobre las libertades negativas de los individuos. Así, sería de justicia un orden basado en las transacciones voluntarias entre adultos. Como precisa Gargarella (1999, p. 55-56), al explicar el neoliberalismo radical de Nozick: «Tomemos, por caso, una situación común en sociedades capitalistas modernas. Un individuo necesita alimentar a su prole, y no encuentra la posibilidad de emplearse en un trabajo digno, que le permita recaudar lo suficiente como para cumplir con dicho objetivo. Por ello, y amenazado por la inanición de los suyos (y la suya propia), decide aceptar un acuerdo misérrimo, ofrecido por alguien que se aprovecha de su situación de extrema debilidad, de su incapacidad, o de su falta de fuerza para negociar un acuerdo valioso [...]. Más adelante concluye: «Puede considerarse moralmente reprochable una situación en la que un cierto trabajador resulta obligado a trabajar a favor de algún otro, por ejemplo, a punta de pistola; sin embargo, no hay nada moralmente incorrecto en el hecho de que un desocupado celebre un contrato desventajoso par él (desventajoso en términos de una justicia ideal). Podría resultar deseable que todos los individuos vivan en condiciones de plena satisfacción de sus necesidades. Pero lo cierto es que, en tanto y en cuanto los demás trabajadores y empleadores no violen los derechos del individuo en cuestión, no puede hablarse de que este último resulta forzado a nada. Nadie lo obliga ni lo maniatada. Él es el que va aceptar o rechazar la oferta que se le haga. Él, en última instancia, es el auténtico responsable de los acuerdos que celebre o deje de celebrar». Empero, dentro del Estado social de derecho se justifica la intervención en los contratos para balancear el equilibrio jurídico en el derecho laboral y en la protección de los inquilinos.

En ese orden de ideas, este autor trae a colación la atribución constitucional del presidente de la República de dictar decretos de urgencia.

- En nuestro ordenamiento jurídico puede establecerse claramente la predominancia de las normas de orden público, las que, por su naturaleza, excluyen todo pacto en contrario o en sentido distinto, de modo que no pueden ser derogadas por los particulares. En esa dirección, Cárdenas Quirós señala que estas ideas guardan concordancia con lo previsto en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, que declara que toda persona tiene derecho a «contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público»¹⁸⁶.
- Si la ley ha atribuido a los particulares el poder establecer una relación jurídica patrimonial que los vincule, no puede merecer objeción el hecho de que el propio ordenamiento jurídico restrinja la amplitud del marco dentro del cual los particulares pueden desenvolverse afectando tales relaciones durante su ejecución¹⁸⁷.
- La consagración de la regla de la aplicación inmediata de la ley en los términos del artículo III del título preliminar del Código Civil, importa que a las relaciones jurídicas en general en curso de ejecución les son aplicables las nuevas normas imperativas o de orden público, mas no las normas supletorias de la voluntad, en cuanto no se haya pactado en contrario o de manera distinta¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Así, como señala José Carlos de Bartolomé Cenzano (2002), «el hecho de que aparezca el concepto de orden público junto al de la ley, limitando la autonomía de la voluntad, también es indicativo de que el orden público no puede referirse a otra cosa distinta que al propio orden constitucional, toda vez, que este es el único que puede anteponerse a la propia ley, para limitar, entre otras cosas, la autonomía de la voluntad» (p. 296).

¹⁸⁷ Se considera que son límites a la autonomía privada: la ley, la moral y el orden público. Con respecto al límite legal Díez-Picazo y Gullón (1994) precisan que «la concepción liberal, que dejaba al Estado en un mero papel de árbitro en el desarrollo de las libertades e iniciativas individuales porque estimaba que son los propios individuos los que equilibran sus encontrados intereses dentro de la dinámica social, deja paso a otra en la que el Estado va tener un protagonismo relevante en la dirección de la economía, la sociedad, etc. Uno de los frutos de este cambio de actitud ha consistido en una nueva fundamentación de las leyes dispositivas. No se ve en ellas exclusivamente unas normas que tienen como característica la posibilidad de ser desplazadas por las creadas por la autonomía privada, sino una reglamentación justa y equilibrada de situaciones jurídicas que debe imperar mientras no se sustituya por otra por lo menos igual de justa y equilibrada, o mientras no exista causa que justifique la sustitución» (pp. 376-377).

¹⁸⁸ Al definir estas normas supletorias, De la Puente y Lavalle señala: «En otras palabras, el legislador, al dictar, una por una y todas en conjunto, las normas dispositivas de un contrato típico, busca diseñar el contrato ideal que, en su concepto, proteja armoniosamente los intereses de las partes tomando en consideración la finalidad del contrato, de tal manera que las partes puedan confiar en que existe una regulación supletoria de la voluntad común que ha sido elaborada precisamente para velar por la justicia contractual» (1991, p. 224).

Esto por el hecho de que no se pueden invocar derechos irrevocablemente adquiridos respecto de esta clase las normas de orden público¹⁸⁹.

- Ninguna norma legal —aun cuando tenga carácter imperativo o de orden público— que se dicte con posterioridad a su establecimiento implicaría que, a nivel de sus efectos, existiría diferencia entre los contratos-ley que vinculan a un particular con el Estado —amparados por el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución— y los contratos celebrados entre particulares.
- Frente a la afirmación de que la interpretación restrictiva propuesta resultaría incompatible con la voluntad manifiesta del constituyente, es preciso puntualizar que, de acuerdo a las corrientes doctrinales más autorizadas, la interpretación histórica —reflejada en la voluntad original del legislador— es relativa y, en todo caso, está subordinada a la interpretación objetiva¹⁹⁰.

A nuestro juicio, todos estos argumentos desarrollados por Cárdenas se encuentran reforzados por el principio de unidad de la Constitución, que según Hesse obliga a no contemplar la norma de manera aislada, sino siempre además en el conjunto en el que deba ser situada. Todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales.

Aun cuando las declaraciones programáticas del Estado social de derecho han sido suprimidas o minimizadas en la Carta de 1993, el artículo 43 declara que: «La República

¹⁸⁹ Sobre el tema de la retroactividad e irretroactividad de la nueva ley, Díez-Picazo y Gullón (1994) señalan: «Piénsese, por ejemplo, en una legislación dirigida a abolir la esclavitud. Una irretroactividad absoluta conduciría a manumitir solo a los que nacieran hijos de esclavos después de la entrada en vigor de la ley, mientras que, en cambio, los que fueran esclavos con anterioridad a la promulgación de la ley de abolición deberían continuar siéndolo hasta su muerte» (p. 107). Más adelante respecto, a la teoría de los derechos adquiridos: «Toda solución dogmática y apriorística del mismo está llamada al fracaso. En rigor, es una facultad del legislador el determinar la retroactividad o irretroactividad de la ley que dicta y su poder, en este sentido, no encuentra otros límites generales de validez y legitimidad que los de su poder como legislador. Que en ocasiones la aplicación retroactiva de una ley puede ser injusta es algo que no ofrece duda, pero igualmente injusto puede ser el mandato concebido solo para en adelante. El legislador, pues, puede señalar un efecto retroactivo o irretroactivo a su mandato, sin otra limitación que la validez y legitimidad de su mandato mismo» (pp. 110-111).

¹⁹⁰ Como señalan Díez-Picazo y Gullón (1994), «La dirección objetiva ha ido por todo ello ganando cada día más terreno. No se trata de encontrar la voluntad del legislador, sino de encontrar una voluntad objetiva e inmanente en la propia ley (*voluntas legis*). La ley, se dice, una vez que ha sido promulgada, se separa de su autor y alcanza una existencia objetiva. El autor de la ley ha jugado ya su papel y ha quedado detrás de su obra. Su obra es el texto de la ley, su voluntad se ha hecho texto. Las representaciones mentales, las expectativas y los propósitos del legislador que no han alcanzado expresión en la ley, carecen de obligatoriedad. Se dice en este sentido que solo las manifestaciones de voluntad vertidas en las normas tienen valor vinculante. Por tanto, solo vale la voluntad que resulta del texto legal [...] En un Estado de derecho —se dice—, el autor de la ley está también sometido a ella y debe dejarla actuar incluso contra sí mismo» (pp. 162-163).

del Perú es democrática, social, independiente y soberana». Ciertamente una república social y un régimen económico de economía social de mercado es incompatible con un Estado mínimo dedicado exclusivamente a proteger a las personas contra el robo, el fraude y el uso de la fuerza, y a garantizar el cumplimiento de los contratos celebrados entre tales individuos.

Cabe señalar que ni en el constitucionalismo liberal estadounidense se asume una protección de la libertad de contratar tan dogmática y absoluta. Como reconoce Sunstein: «Uno podría pensar que el Estado debería ser libre para crear el marco dentro del cual las personas puedan contratar, no habiendo límite al poder del Estado para restringir, de manera previa, tales condiciones. Este es el enfoque del derecho norteamericano, que permite al Estado afectar la contratación de la manera que le plazca, siempre y cuando se haga de antemano» (2004, p. 32).

Como referencia, cabe señalar que Chile, país latinoamericano que tiene consolidado un sistema de economía de libre mercado, no previó en la Constitución de 1980 la imposibilidad del legislador de modificar los contratos¹⁹¹.

3.6. El principio general de buena fe y su raíz constitucional

En la doctrina nacional, Roxana Jiménez señala sobre la buena fe que todos tenemos una idea —al menos abstracta— que la identifica con la rectitud, honradez, buen proceder, buena intención, confianza legítima en la verdad de un acto jurídico, entre otros conceptos similares (Jiménez Vargas Machuca, 2001, p. 762).

Diez-Picazo asume que todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en armonía con el principio general de la buena fe (Diez-Picazo, 1963, p. 39; citado por Mozos, 1965, p. 37). Así, la buena fe es un principio general que «debe admitirse y reconocerse como un supuesto de todo el ordenamiento jurídico», como un estándar jurídico y ético (Gastaldi, 2005, pp. 302-303). Se trata de un principio general que «se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico» (Nicolau, 2005, p. 323).

En esa dirección, asumimos que en nuestro ordenamiento constitucional la buena fe es un principio general implícito, dado que la Constitución proscribiera el abuso del derecho en la parte *in fine* del artículo 103 de la Norma Suprema. Su anclaje constitucional se conexiona con el valor de la solidaridad:

A través de los casos ejemplificados se observa fácilmente que el principio de buena fe guarda nexos con el sistema de valores jurídicos de la constitución. Así, la curiosa aplicación de la buena fe a la doctrina de la apariencia parece valorizar la seguridad

¹⁹¹ Gutiérrez Camacho señala: «Nada impide entonces que en Chile un contrato por consideraciones de interés social o público pueda ser objeto de limitaciones a su contenido, Observamos como en un país, que sin asomo de duda tiene una economía de mercado más consolidada que la nuestra el Estado no ha renunciado a su rol tutelar» (2007, p. 153).

y estabilidad en las relaciones jurídicas. En el supuesto de la limitación a los derechos y abuso del derecho, creemos que cobra realce el valor solidaridad. Y cuando en la cúspide del plexo de valores, como englobándolos a todos con una envoltura común, colocamos a la justicia, quedamos bien posicionados para sugerir que, aun cuando no descubramos un valor determinado en cada hipótesis de los distintos casos a los que se endereza el principio de buena fe, será siempre el valor justicia el que habrá de presidir la solución— la «que en ese caso concreto sea justa» (Bidart Campos, 2005, p. 49).

A nivel de la jurisprudencia constitucional, la libertad de contrato debe armonizarse con los derechos constitucionales de las demás personas. En la STC Exp. 0858-2003-AA/TC, caso Leyler Torres del Águila, el Tribunal Constitucional declaró:

La respuesta de un Tribunal comprometido con la defensa de los derechos fundamentales no puede ser otra que afirmar que los derechos también vinculan a los privados, de modo que, en las relaciones que entre ellos se puedan establecer, estos están en el deber de no desconocerlos. Por cierto, no se trata de una afirmación voluntarista de este Tribunal, sino de una exigencia que se deriva de la propia Norma Suprema, en cuyo artículo 103º enfáticamente ha señalado que constitucionalmente es inadmisibles el abuso del derecho. Para el Tribunal Constitucional es claro que los acuerdos contractuales, incluso los suscritos en el ejercicio de la autonomía privada y la libertad contractual de los individuos, no pueden contravenir otros derechos fundamentales, puesto que, por un lado, el ejercicio de la libertad contractual no puede considerarse como un derecho absoluto y, de otro, pues todos los derechos fundamentales, en su conjunto, constituyen, como tantas veces se ha dicho aquí, ni más ni menos, el orden material de los valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico peruano.

Así, como sostiene Gastaldi, la buena fe irradia el derecho de los contratos, «de allí que se ha sostenido con razón que el contrato tiene una concepción ética —además de una económica y una jurídica— y a no dudar que aquella primera se origina en el principio de la buena fe» (Gastaldi, 2005, p. 306).

El precitado autor cita las conclusiones de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires en 1997, donde se señala que «el contrato es un instrumento para la realización de actividades económicas útiles y justas», declaración que sintetiza la importancia del instituto, ciñéndolo, por otra parte, al valor justicia, a fin de mantener el equilibrio que debe resguardarse entre los contratantes, para evitar los abusos de las llamadas posiciones dominantes, sobre todo en los contratos 'no negociados'. Y si es así, es nuevamente por el imperio de la buena fe» (Gastaldi, 2005, p. 307).

En esa dirección, el artículo 61 de la Constitución declara que el Estado combate toda práctica que limite la libre competencia y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Asimismo, el artículo 65 de la Constitución Política del Perú garantiza el deber de información en las relaciones de consumo. Y el fundamento es la buena fe, «que avanza cuando gana espacio la justicia general, que se refiere al bien común y caracteriza con sus requerimientos al núcleo del derecho público. Es un sendero para la consideración de la equidad» (Ciuro Caldani, 2005, I, p. 17).

En otra posición se ubica la tesis de Trazegnies, que partiendo de una concepción libertaria —dentro de una sociedad en la que los hombres viven sin contradicciones— propone una ética hiperindividualista:

Todo ello no significa que la Ética haya sido dejado de lado: simplemente, se trata de una Ética diferente que no impone una forma de vida a los hombres, *sino que plantea como su principal valor la posibilidad de que los hombres se den la forma de vida que quieran*. Es así como un sistema jurídico que de brinde esta posibilidad de libertad a los individuos es considerado moralmente superior a uno que no la da. Pero se trata de una moral no intrusiva que, lejos de inmiscuirse en los detalles de vida de los hombres, se limita a fundamentar de manera socialmente coherente el principio superior de la libertad individual (Trazegnies, 2005, p. 27) (cursiva agregada).

A nuestro juicio, la libertad opera en una sociedad determinada y, en consecuencia, en permanente contradicción. En el marco del Estado social de derecho, la libertad es un valor superior siempre que sea solidaria, y la buena fe tiene raíz ética y constitucional.

3.7. Los contratos-ley

3.7.1. Introducción

El artículo 62 de la Constitución establece en su segundo párrafo que mediante contratos-ley el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades a los inversionistas, pero no delimita el tipo de garantías o seguridades que se pueden brindar. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a la libertad de contratar a que se refiere el párrafo precedente, que ha sido objeto de análisis líneas arriba en el presente capítulo.

En la doctrina nacional, Miranda y Amado afirman que los contratos-ley surgen de la necesidad de dotar de seguridad jurídica a los inversionistas privados, específicamente respecto a la doctrina de la cláusula exorbitante en el derecho administrativo: «Lo que sucede cuando el Estado se somete voluntariamente a la esfera del derecho privado, no es que aquel se desligue de sus poderes de *imperium*, sino que en virtud

de ellos formula renuncia a poder hacer ejercicio de los mismos para someterse a otro estatuto jurídico, el derecho privado, en determinados casos específicos donde el interés público así lo justifique» (Amado & Miranda, 1996, p. 18). Así, dentro del ordenamiento peruano, los convenios de estabilidad jurídica son una modalidad singular de contratos-ley que confieren al inversionista —por excepción y bajo determinadas condiciones previstas por la ley— la ultraactividad al régimen legal que regía al momento de suscribirse el convenio en las materias sobre las cuales se les otorga estabilidad (p. 19). Por ejemplo, en materia tributaria, de disposición de divisas, de remesas de utilidades, entre otras.

La seguridad jurídica reclama que el derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto; y, por otra parte, la aplicación uniforme de un Derecho injusto, su aplicación igual lo mismo hoy que mañana, su aplicación a unos y otros, sin distinciones, corresponde precisamente a aquella igualdad que forma la esencia de la justicia, lo injusto se reparte justamente entre todos. Se trata de una cuestión de grado: allí donde la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el derecho positivo injusto deberá ceder a la justicia. Sin embargo, por regla general, la seguridad jurídica que el derecho positivo confiere justificará también, precisamente en cuanto forma menor de la justicia, la validez del derecho positivo en cierta medida injusto.

Filosofía del Derecho
Gustav Radbruch

Antes de hacer un análisis sobre el significado jurídico de los contratos-ley, cabe señalar como cuestión previa que no se trata de contratos con rango constitucional. Se trata de contratos con marco jurídico en la Norma Suprema. Sostener que tienen rango constitucional conduce al error de considerarlos como normas jurídicas de la misma jerarquía que las disposiciones constitucionales.

Así, pues, una primera cuestión a dilucidar es la naturaleza jurídica del contrato-ley, regulado en el artículo 1357 del Código Civil que declara que «Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato».

En la doctrina se han dividido las opiniones entre quienes sostienen que se trata de un contrato privado, una segunda tesis que se inclina a sostener de que se trata de un contrato administrativo y una tercera, más matizada, que lo define como un contrato de la Administración con preponderancia del derecho público. Dadas las relevantes consecuencias jurídicas que tiene adoptar una u otra de las referidas tesis, a continuación pasamos a resumirlas y fijar nuestra posición.

3.7.2. Las tesis sobre la naturaleza del contrato-ley

La tesis del contrato-ley como contrato civil

Esta tesis es la que ha recibido mayor acogida en la doctrina nacional. Se basa fundamentalmente en la interpretación histórica del artículo 1357 del Código Civil y en la opción del legislador de definir al contrato ley como un contrato de derecho privado, explicitado en la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, aprobada por decreto legislativo 757, respecto a los convenios de estabilidad jurídica. Así, Lohmann (2001) declara que «los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y solo podrán modificarse y dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes» (p. 20). En esa dirección, se afirma que la interpretación histórica del artículo 1357 del Código Civil dilucida esta controversia¹⁹².

A nuestro juicio, más consistente sería sustentar esta tesis con el argumento de que el Estado está dotado de capacidad jurídico-privada y poder público. Al amparo de su capacidad privada pueden ponerse de acuerdo con otros sujetos para crearse y atribuirse recíprocas consecuencias jurídicas.

La tesis del contrato-ley como contrato administrativo

Cabe señalar previamente que la misma noción de contrato administrativo no es pacífica en la doctrina nacional, ya que existe la singular opinión de que aquella debe ser sustituida por un régimen unitario del contrato estatal en sentido contrario a la doctrina dualista que divide a los contratos del Estado en contratos administrativos y contratos privados o civiles de la Administración (cfr. Linares, 2002; Martín Tirado, 2006)¹⁹³.

¹⁹² De la Puente y Lavalle (1991) sostiene que «en tal sentido, hay que reconocer, a la luz de los pronunciamientos de la Corte Suprema y de la Exposición de Motivos del Código civil, que tal finalidad es someter los contratos mediante los cuales el Estado otorga garantías y seguridades al régimen del contrato civil» (p. 364). Más adelante cita a Arias Schreiber Pezet, y concluye afirmando que «Tanto la explicación inicial de Arias Schreiber Pezet, como su posterior Exposición de Motivos constituyen, por lo tanto, un elemento histórico de singular importancia para determinar el verdadero sentido del artículo 1357 del Código Civil» (p. 365). A nuestro juicio, la interpretación histórica, basada en la intención del legislador, no es la más relevante en Derecho. Entre la interpretación histórica que se basa en la búsqueda de la voluntad del legislador y la interpretación objetiva, búsqueda de la voluntad de la ley solo vale la voluntad que resulta del texto legal. Y es que la ley una vez en vigencia se independiza del autor y alcanza una existencia objetiva. El artículo 1357 del Código Civil debe ser interpretado objetivamente.

¹⁹³ En sentido contrario, Baca Oneto (2014): «Es cierto que, como ya lo sostuvimos hace tiempo, el ordenamiento jurídico peruano no distingue expresamente entre los contratos administrativos y los privados de la Administración, pero si alguna conclusión podría desprenderse del régimen legal existente

Así, De la Puente asume la noción del contrato administrativo citando al argentino Marienhoff, quien sostiene que el contrato administrativo es «el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular, para satisfacer necesidades públicas» (Puente y Lavalle, 1991, pp. 361-362).

Para De la Puente los dos criterios que dan sustancia al contrato administrativo, distinguiéndolo del contrato privado de la Administración, son, primero, por su objeto; y en segundo lugar, si no es administrativo por su objeto, si contienen cláusulas exorbitantes del derecho privado referidas a la posibilidad jurídica del Estado de resolver unilateralmente el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, esto es, por contravenir al interés público, por motivos de ilegitimidad o por vicio concomitante con la celebración del contrato o infracciones cometidas por el contratista particular.

Respecto al objeto, Cassagne afirma que de acuerdo al fin o al objeto, si existe un interés público relevante, este es administrativo, y en consecuencia goza de un régimen especial (*ius variandi*, interpretación, equilibrio financiero) (Cassagne, 1999, p. 13). Boquera sostiene que el contrato será administrativo cuando su causa sea un fin público, entendida aquella como el fin de la relación contractual (Boquera Oliver, 1999, p. 21).

Este argumento, que compartimos, es particularmente relevante, ya que los contratos-ley por definición del artículo 1357 del Código Civil, tienen como marco jurídico una ley sustentada en razones de interés social, nacional o público¹⁹⁴.

Como quiera que el contrato-ley recae en su objeto en fines propios del Estado —como por ejemplo el régimen fiscal—, se podría sostener que el contrato-ley sería un contrato administrativo por razón de su objeto (Puente y Lavalle, 1991, pp. 362-363). En esa misma dirección, Pinilla sostiene que en principio los contratos-ley deberían ser considerados contratos administrativos, porque los beneficios que concede el Estado

(si solo miramos la legislación de contratos de gestión patrimonial) es la falta de reconocimiento de los segundos (y no de los primeros!), en tanto se le atribuyen a la Administración las potestades antes indicadas sin hacer distinción alguna» (p. 287).

¹⁹⁴ El argumento de la causa finalista del contrato nos parece decisivo para descartar la tesis de que el contrato-ley sea de derecho privado. Es por ello que discrepamos de Manuel de la Puente cuando sostiene (1991, p. 368) que el contrato y no la ley será la causa de las obligaciones que asuma el Estado (otorgar garantías y seguridades). Esta opinión debe ser matizada, ya que el artículo 140, inciso 3 del Código Civil se refiere a la finalidad lícita como requisito de validez del acto jurídico. Como apunta Lohmann (1986, p. 66), con esta norma «se adecua nuestra legislación, aunque con bastantes reticencias, a la moderna doctrina de la causa». Este autor precisa certeramente que «no basta la concurrencia de la causa o finalidad en la formación del negocio, sino que la misma, además, debe ser lícita; esto es, adecuarse a las leyes, al orden público y a las buenas costumbres» (p. 72).

están fuera del comercio de los particulares (Pinilla Cisneros, 1999, pp. 47-48)¹⁹⁵. Así, Trelles concluye sobre la naturaleza administrativa de los contratos-ley: «La razón por la cual sostenemos que el contrato-ley tiene una naturaleza administrativa es porque su contenido escapa a la esfera de lo que puede ser regulado por medio de un contrato civil, siendo en definitiva de derecho público. Esto es claro si se tiene en cuenta que un posible contenido del contrato-ley es el otorgar seguridades en materia tributaria, lo que a todas luces es un tema fuera del alcance de la autonomía privada» (Trelles de Belaunde, 2002, p. 249).

La tesis del contrato-ley como contrato preponderantemente de derecho público

Esta tesis, que compartimos, fue asumida por Zegarra, quien sostuvo que el contrato-ley es un contrato público en el cual confluyen tanto elementos de derecho administrativo como de derecho civil para producir consecuencias enmarcadas dentro de los planes o políticas públicas para el fomento del desarrollo económico (Zegarra, 1997, p. 166). Así, consideramos que la línea divisoria entre el derecho público y el derecho privado ha sido superada por una interrelación entre ambos, de tal modo que el derecho privado puede ser encausado como un instrumento para satisfacer las exigencias y fines de interés general.

Zegarra propugna la existencia de «contratos estatales de régimen preponderante de derecho público», que se aplicarían a los contratos de obra pública y de concesión, tradicionalmente definidos como contratos administrativos por antonomasia. Se trataría de una reconversión de la clásica noción del contrato administrativo en un nuevo contexto de liberalización del mercado. Son contratos en los que concurren componentes de derecho administrativo y de derecho privado, pero con preponderancia del derecho público por la preeminencia del interés general en el objeto del contrato.

A nuestro juicio, el contrato-ley es un contrato público, por cuanto la ley que constituye su marco normativo debe sustentarse en razones de interés social, nacional o público. Este marco legal no define un contrato privado. Adicionalmente, es manifiesto que confluyen en este contrato elementos de derecho administrativo como la convocatoria pública del inversionista privado, el proceso de selección previa de aquellos inversionistas que solicitan a través de la vía administrativa acceder al contrato, y finalmente el acto de aprobación del contrato por la Administración.

¹⁹⁵ En esa dirección, cita a Marienhoff, quien afirma: «Cuando, tratándose de una prestación a cargo de la Administración Pública (Estado) —contrato de atribución— la prestación se refiera a un objeto que, dentro de lo jurídicamente posible como acto convencional o contractual, excluya la posibilidad de ser materia de un contrato entre particulares, sea por tratarse de un contrato cuya finalidad sea exclusiva del Estado, sea por tratarse de un contrato cuya finalidad sea exclusiva del Estado, sea por tratarse de un objeto o de una figura jurídica que, perteneciendo exclusivamente al trato o comercio del derecho público, resulta insusceptible de ser utilizado en las convenciones o contratos que celebran los particulares entre sí».

En su etapa de ejecución, están sometidos al régimen de derecho privado por sometimiento voluntario del Estado, que despliega con esa finalidad una capacidad jurídica privada en materia contractual.

En suma, el contrato-ley es un contrato público en el que confluyen componentes de derecho administrativo y de derecho privado, con manifiesta preponderancia del derecho público por el objeto de interés general.

3.7.3. La imposibilidad de modificación legislativa de los contratos-ley

Los contratos-ley son contratos de prestaciones recíprocas en los cuales el Estado debe cumplir con una prestación de no hacer, consistente 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. No se trata de que al Estado se le cercene su capacidad de innovar el ordenamiento jurídico. Se trata de la técnica de la inoponibilidad, según la cual resultan inaplicables aquellas leyes dictadas por el Estado destinadas a modificar los términos de un contrato-ley (Santistevan de Noriega, 2004, p. 603).

En esa dirección, el Tribunal Constitucional del Perú, en la STC Exp. 005-2003-AI/TC de 3 de octubre de 2003, en el caso de la acción de inconstitucionalidad promovida contra la ley 26285, que autorizó la suscripción del contrato-ley de concesión celebrado entre la Compañía Peruana de Teléfonos —hoy Telefónica del Perú— y el Estado peruano, precisó en el fundamento 12 que el contrato-ley no es una categoría normativa:

En primer lugar, sin perjuicio de que más adelante se precise mejor los contornos de la institución denominado «contrato ley», este constituyendo una figura *sui generis* de la institución del «contrato», no es una «categoría normativa», una fuente formal del derecho constitucional, como cualquiera de las enunciadas en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución¹⁹⁶.

Más adelante en el fundamento 16 de la mencionada sentencia:

Desde esta perspectiva, como lo ha expuesto la demandada, en criterio que este Tribunal comparte, el contrato-ley es un acuerdo de voluntades entre dos partes, que rige para un caso concreto, solo que está revestido de una protección especial, a fin de que no pueda ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado. El blindaje del contrato-ley de manera alguna lo convierte en ley [...],

¹⁹⁶ En esa misma dirección, en la doctrina nacional, Danós Ordóñez, 2013, p. 262.

únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual, y dentro de su relación jurídico patrimonial.

Sobre el ámbito de aplicación y el tipo de seguridades o garantías que el Estado puede establecer mediante los contratos-ley, el supremo intérprete de la Constitución, en el fundamento jurídico 34 precisó que:

No obstante los demandantes alegan que el contenido del contrato ley, o dicho de otro modo, las garantías y seguridades que el Estado puede establecer mediante esta modalidad de contratación, no pueden comprender a la concesión del servicio de telefonía, sino solo al régimen de estabilidad jurídica y tributaria. El Tribunal Constitucional no comparte una interpretación restrictiva sobre el contenido del contrato-ley como exponen los demandantes. Por un lado, porque el segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución establece que «mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades», sin establecer qué tipo de garantías y seguridades son las que se pueden brindar. Y, de otro, porque en la práctica una aseveración como la que expresan los demandantes, lejos de optimizar que se cumpla el telos de la institución del contrato-ley, lo termina desnaturalizando.

Más adelante agrega:

De manera que, en abstracto, no existe una limitación para que el Estado, mediante el contrato-ley, solo extienda las garantías que se derivan de su suscripción al ámbito tributario o jurídico. Puede perfectamente extenderse, dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados.

En el fundamento 35 puntualiza que también es inmodificable la legislación que constituye el marco jurídico del contrato-ley:

En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no solo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último. [...]. Por otro lado, y en lo que se refiere únicamente a los contratos-leyes, la legislación a cuyo amparo este se suscribe «no puede ser modificada legislativamente» como lo prescribe la última parte del artículo 62° de la Constitución. Dicho de otro modo; aunque el legislador pueda modificar el régimen legal de suscripción de un contrato-ley, tal modificación no alcanza a quienes, con anterioridad a ella, hubieran suscrito dicho contrato-ley.

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. Cabe anotar que el inciso 1) del artículo 139 de la Constitución prevé a la jurisdicción arbitral como excepción a la unidad de la función jurisdiccional¹⁹⁷. En consecuencia, constitucionalmente el arbitraje está reconocido como jurisdicción. Así, en virtud de su *ius imperium* el Estado renuncia a su estatuto jurídico de derecho público y actúa y se somete al derecho privado por razones de interés general que así lo justifican.

Como señala Pinilla, el efecto de los contratos-ley que imposibilita modificar el contrato y mantener inalterables las condiciones contractuales es un caso de ultraactividad legislativa, dado que implica aplicar disposiciones legales derogadas

¹⁹⁷ En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano en la STC Exp. 6167-2005-PHC/TC, caso Fernando Cantuarias Salaverry. Cabe señalar que si el arbitraje está reconocido como jurisdicción, entonces consideramos que los árbitros pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma si tal pronunciamiento resulta necesario para resolver las cuestiones que las partes someten a su decisión (cfr. Caivano, 2006, pp. 107-153). La línea divisoria que separaba el derecho privado, que regula las relaciones jurídicas entre los ciudadanos o las empresas, y de otro lado, el derecho público, entendido como el derecho del Estado y la sociedad, se ha ido diluyendo al punto que la tendencia actual es la de una relación en la cual ambas áreas del derecho confluyen, otorgando seguridad a los inversionistas por razones de interés público. Una de las cuestiones más interesantes en esta relación compleja es la posibilidad de someter al arbitraje las controversias derivadas de la aplicación de las normas estabilizadas por los contratos-ley celebrados con el Estado. El artículo 2 del decreto legislativo 1071, que norma el arbitraje, prevé que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre las cuales las partes en conflicto tienen libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que autoricen la ley o los tratados o acuerdos internacionales. Sobre las potestades de imperio, por ejemplo, dictar reglamentos, expedir actos administrativos, fijar tarifas, entre otras, por cierto, no son de libre disposición del Estado: no puede renunciar a ellas ni transferirlas en propiedad a sujetos privados, ni transigir sobre las mismas. Como sostiene Caivano, «por tratarse de una condición excepcional de los derechos de naturaleza privada y contenido patrimonial, una cuestión solo podrá calificarse como indisponible cuando esté involucrado en ella el interés público general» (p. 120). Es interesante destacar que no es un tema pacífico en el derecho comparado. Así, para la Corte Constitucional colombiana en sentencia C-1436 de 25 de octubre de 2000 es inconstitucional que los árbitros se pronuncien sobre la legalidad de los actos administrativos. Para Correa (2002), «tal prohibición es [a mi juicio] absolutamente errada y desafortunada, por lo menos cuando se trata de actos administrativos que involucren el interés particular, como los desatados a partir de un proceso contractual que no interesan más que al contratista afectado con la decisión» (p. 206). En nuestro ordenamiento es una cuestión jurídicamente debatible si el Estado puede establecer el arbitraje como mecanismo de solución de las controversias derivadas de la aplicación de las normas jurídicas estabilizadas por los denominados convenios de estabilidad jurídica. A nuestro juicio, en los casos de convenios de estabilidad jurídica, la mencionada disposición debe interpretarse en el marco de las disposiciones constitucionales que regulan los contratos-ley, así como en la naturaleza jurisdiccional reconocida al arbitraje por nuestra constitución en el inciso 1 del artículo 139. Además, el artículo 62 de la Constitución, dentro del capítulo de «principios generales» del régimen económico, establece que mediante contratos-ley el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades a los inversionistas. En ejercicio de su soberanía, el Estado renuncia a su estatuto jurídico de derecho público y se somete al derecho privado y otorga seguridades a los inversionistas de estabilizar un determinado régimen jurídico. Asimismo, abre la posibilidad de recurrir a la vía arbitral para la solución de controversias porque razones de interés general así lo justifican.

(Pinilla, 1999 p. 108). Supone la creación de islas normativas cuya inadecuada aplicación puede generar un marco legal de privilegios contrario a la igualdad jurídica entre los competidores en un sistema de economía de mercado.

En ese sentido, el Estado por el hecho de celebrar el contrato pierde su libertad de desobligarse unilateralmente de la relación jurídica contractual (Puente y Lavalle, 1991, p. 370). De la Puente, comentando acerca del contrato-ley en el marco de la Carta de 1979, sostuvo que si sobreviniera la desaparición de las condiciones de interés social, nacional o público invocadas por la ley autoritativa, el Estado puede derogar la ley autoritativa del contrato ley. Así, sostuvo que «Si el interés social, nacional o público invocado por la ley autoritativa del contrato desapareciera, podría el Estado, en vez de revocar unilateralmente el contrato por razón de oportunidad, optar por declarar mediante una nueva ley la efectiva inexistencia de dicho interés. La desaparición del interés debe ser efectiva, pues si no fuera así, esto es si la desaparición declarada por la ley no fuera real, cierta, dicha ley sería inconstitucional y podría ser impugnada como tal» (p. 371).

Si bien admitimos que dentro de un Estado social de derecho se puede fundamentar la viabilidad jurídica de la derogación de la ley autoritativa como consecuencia de la extinción de la causa del contrato, es una posición que no es pacífica en la doctrina. Pinilla considera que la relación jurídico-obligatoria seguirá estando plenamente en vigor entre las partes (Pinilla, 1999, p. 56). En esa misma dirección se inclina el Tribunal Constitucional del Perú, como hemos señalado líneas arriba, en el fundamento jurídico 35 de la STC Exp. 005-2003-AI.

A nuestro juicio, la definición del 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.

Sin perjuicio de ello, en el caso de que el Estado excediera los parámetros de la ley autoritativa y otorgase mediante contrato mayores garantías que las autorizadas por ese marco legal, coincidimos con lo sostenido por Pinilla, en el sentido de que, por integrar la relación contractual, estas garantías solo pueden, en principio, ser modificadas por otro acuerdo entre las partes. Asimismo, no formarán parte del régimen que debe permanecer inmodificable frente a normas imperativas o de orden público dictadas con posterioridad a la suscripción del contrato (Pinilla, 1999, p. 95)¹⁹⁸.

¹⁹⁸ En ese orden de ideas, asume la interpretación innovadora del artículo 62 de la Constitución sustentada por Cárdenas, a la que nos hemos referido en el acápite anterior. Esta interpretación entiende que el artículo 62 al referirse a «leyes o disposiciones de cualquier clase» deben considerarse comprendidas dentro de sus alcances solo las nuevas normas supletorias de la voluntad y no las imperativas o de orden público.

De tal modo, no es suficiente invocar el amparo de una ley autoritativa para sostener que la integridad de las cláusulas del contrato está protegida por el blindaje jurídico del instituto del contrato-ley.

En esa dirección, 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 artículo 2, que garantiza la libertad de contratar con fines lícitos siempre que no se contraven-gan normas de orden público; y el artículo 103, que proclama que la Constitución no ampara el abuso del derecho.

3.8. El contrato administrativo y la tutela del interés público

En la doctrina nacional hay una pluralidad de opiniones sobre las nociones de contrato estatal, público y administrativo. Así, como citamos líneas arriba, siguiendo a un sector de la doctrina argentina, se ha negado la existencia del contrato administrativo. Esta tesis asume la categoría general de «contrato estatal» y se sustenta principalmente en que la legislación peruana no distingue de manera expresa entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración.

Morón y Aguilera postulan el concepto «contrato de la Administración» como categoría general que comprende todos aquellos contratos en los cuales una de las partes es la Administración Pública. A su vez, el concepto «contrato administrativo» es una subcategoría que tiene, en mayor o menor medida, un régimen diferenciado del contrato privado. Según estos autores, este régimen diferenciado tiene el objetivo de garantizar el adecuado y oportuno alcance de fines públicos sujetos a acuerdos con particulares, tutelando la prerrogativa de dirección contractual a cargo de la Administración y evitando el riesgo de que los acuerdos puedan frustrarse por el sistema de garantías concurrentes que el derecho privado permite a las partes. Por defecto, el contrato privado de la Administración identifica a todos los contratos de la Administración Pública cuyo contenido y formas de contratación se rigen por el derecho civil o común (Morón & Aguilera, 2017, p. 21).

Baca Oneto asume la tesis de la categoría general de los «contratos públicos», que serían aquellos en los cuales una de las partes es una Administración Pública, por la que se definirían por un criterio orgánico (2008, p. 271).

Dentro de esta categoría general incluye al contrato administrativo, que define como aquel por el que la Administración busque satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de su específica competencia (p. 285).

Por nuestra parte, asumimos la tesis de Ariño Ortiz, quien considera que el contrato administrativo no posee naturaleza inmutable y no es una esencia sino una

«existencia» jurídico-política (2007, p. 95). Ariño rechaza el argumento de que el contrato administrativo no respeta la igualdad jurídica de las partes que estaría presente en la esencia de todo contrato:

Esta tesis me parece poco convincente. En primer lugar, porque esa «esencial igualdad jurídica» no se sabe muy bien en qué consiste y es difícil de medir. La desigual posición en contratos privados también es frecuentísima —bancos, seguros, accesos a redes y a otros muchos supuestos— y nadie pone en duda la existencia de contratos por ese motivo, en ocasiones puros «contratos de adhesión» supervisados por el regulador: Por otro lado, las voluntades de ambas partes tienen, en el caso de los contratos administrativos, idéntica relevancia para hacer surgir el contrato. Y justamente en derecho público los «privilegios» en más de la Administración (de interpretar, suspender, rescindir, modificar el contrato) se ven compensados por las obligaciones y cargas que el ordenamiento jurídico impone a sus actuaciones (equivalente económico, obligación de compensar), de modo que el contrato recupera la igualdad de posiciones de las partes, no en la dirección y control del contrato, que corresponderá siempre a la Administración, pero sí en el orden económico (justo precio y deber de compensar), que es a lo que al particular le interesa. La desigual situación que se produce como consecuencia de las prerrogativas que ostenta la Administración para organizar los servicios públicos se ve así corregida, compensada, por las obligaciones que pesan sobre ella, y en ello consiste justamente una de las peculiaridades del contrato administrativo en la reconstrucción de la igualdad contractual por la vía económica. Por lo demás, lo fundamental, en todo proceso de contratación no es la igualdad, sino la libertad de las partes para entrar en él, que es total para el contratista. Por todo ello, hay que concluir como afirmaba Fernando Garrido en la «indudable posibilidad teórica del contrato administrativo» (Ariño Ortiz, 2007, pp. 91-92).

Así, el Tribunal Constitucional en la STC Exp. 2488-2004-AA/TC asume, amparado en el artículo 62 de la Norma Suprema, y al margen del principio de la santidad de los contratos, que en el contrato de concesión la Administración conserva una serie prerrogativas que son propias del contrato administrativo, entre las que se encuentra la posibilidad de resolver unilateralmente el acuerdo contractual con la finalidad de tutelar el interés público. En el fundamento jurídico 5 declara:

La naturaleza mixta de la concesión a la que nos hemos referido da lugar a que esta figura permita otorgar a los particulares la gestión de un servicio público que típicamente era realizado de modo directo por la Administración. De este modo, la concesión implica una transferencia limitada de facultades de administración de un servicio público, respecto de las cuales el Estado mantiene facultades de imperio. Ello en atención al interés público que subyace a la noción misma de concesión y cuya satisfacción constituye el objeto de la misma.

Las facultades que el particular recibe son las estrictamente necesarias para la prestación del servicio, manteniendo la Administración sus poderes de control y supervisión, así como una serie de potestades y derechos entre los que se encuentra la posibilidad de modificar el contenido del contrato e inclusive el poder de resolverlo antes de la fecha pactada. No obstante, *tales potestades se encuentran subordinadas a la noción de interés público* (cursiva agregada).

4. LA LIBERTAD DE TRABAJO

Artículo 2. Toda persona tiene derecho: [...] 15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.

Artículo 59. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Históricamente, la libertad de trabajo tiene como primer antecedente histórico al Edicto de Turgot, emitido en Francia en 1776 con la finalidad de abolir el régimen corporativo medieval conforme al cual, para ejercer cualquier oficio, arte, profesión o actividad, se debía pertenecer al gremio o corporación respectiva y regirse bajo sus regulaciones (Blancas Bustamante, 2011, p. 324).

En el Perú, la libertad de trabajo fue reconocida por primera vez en el artículo 148, dentro del título XI («De las Garantías») de la Constitución de 1826: «Ningún género de trabajo, industria o comercio puede ser prohibido, a no ser que se oponga a las costumbres públicas, a la seguridad, y a la salubridad de los Peruanos».

En la doctrina laboral, Blancas destaca la naturaleza de libertad negativa del derecho de libertad de trabajo:

Se trata de una libertad negativa que, como todas, carece de contenido positivo; por el contrario, su contenido es negativo en cuanto se limita a garantizar que no se obligue al trabajador a trabajar contra su voluntad (momento inicial y momento final) o que no se le impida hacerlo (momento inicial o fase de ejecución). Y ello es así porque la libertad de trabajo no es otra cosa que la proyección de la libertad personal al ámbito del trabajo y de la profesión, en los cuales actúa como factor que impide toda interferencia o injerencia, contraria o impuesta a la voluntad de la persona, que pretenda decidir por esta el desarrollo de su actividad económico-laboral (Blancas Bustamante, 2011, p. 332).

En la jurisprudencia constitucional alemana, la libertad de trabajo se ha interpretado en un sentido amplio. Así, se ha precisado que garantiza «a la persona adoptar como ‘oficio’ toda actividad para la cual ella se considere apta, es decir, para el sustento de vida»¹⁹⁹.

En esa dirección, en la STC Exp. 1972-2007-AA/TC, en el fundamento 5 se declara que «El contenido o ámbito de protección de este derecho fundamental constituye la facultad de ejercer toda actividad que tenga como finalidad el sustento vital de la persona».

Quiñones Infante diferencia la libertad de trabajo de la libertad de empresa: la primera protegerá exclusivamente la libertad para elegir y ejercer actividades laborales por cuenta propia o por cuenta ajena, mas no comprenderá a la libertad de empresa, la cual constituye un derecho fundamental de contenido y desarrollo propio (Quiñones Infante, 2007, p. 68).

En la doctrina laboralista se reconocen dos dimensiones de la libertad de trabajo: (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 (Monereo & Molina, 2002, p. 341).

Neves señala que la libertad de trabajo dentro de la relación laboral opera en dos momentos: en la fase inicial y en la fase final. En la fase inicial, cuando el trabajador ejerce su libertad de decidir si trabaja o no lo hace, en qué actividad ha de trabajar, si lo hace por cuenta propia o ajena, y de ser el caso, al servicio de quien lo hace (Neves Mujica, 2002, p. 10).

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 conexiona 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 que «el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de empresa, comercio e industria».

¹⁹⁹ *Apotheken-Urteil*, («Sentencia sobre el caso de las farmacias»): BVerfGE 7, 377. Sentencia de 11 de junio de 1958. En ese caso se discutía la legislación alemana que supeditaba la apertura de nuevas farmacias a que existiese necesidad objetiva de las mismas.

Así, el Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 3330-2004-AA/TC, caso Ludesminio Loja Mori, en el fundamento jurídico 11 conexiona directamente la libertad de empresa con la libertad de trabajo:

La libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual. Ello es así, por una parte, en la medida en que la Constitución, en su artículo 59, reconoce que «el Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria». De otro lado, porque la libertad de empresa se incardina dentro de la libertad de trabajo, el cual, a su vez, es una manifestación del derecho fundamental del trabajo.

La dimensión laboral del ser humano como trabajador —*homo faber*— se proyecta en la definición de la República como «social». El trabajo dignifica a la persona, de ahí su importancia constitucional, en la medida en que la dignidad humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, conforme al artículo 1, norma de apertura de la Constitución.

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 (Bulnes Aldunate, 1981, p. 129).

En la precitada sentencia del caso Ludesminio Loja Mori, el Supremo Tribunal afirmó en el fundamento jurídico 31 su relación con el derecho al trabajo:

Sin embargo, debe precisarse que el derecho al trabajo se manifiesta también en la libertad de trabajo (artículo 27 de la Constitución); es decir, en el derecho que poseen todas las personas 'para elegir la profesión o el oficio que deseen'. Así, el Estado no solo debe garantizar el derecho a acceder a un puesto de trabajo o a proteger al trabajador frente al despido arbitrario, sino que, además, debe garantizar la libertad de las personas de elegir la actividad mediante la cual se procuran los medios necesarios para su subsistencia.

Asimismo, el Tribunal Constitucional reconoce la relación entre la libertad de empresa y libertad de trabajo, en el fundamento jurídico 28:

Se ha señalado que el Estado no solo debe limitarse a garantizar el derecho de las personas de acceder a un puesto de trabajo o a proteger al trabajador frente al despido arbitrario, sino que también, debe garantizar la libertad de empresa. Entonces, en caso concreto, y esta lógica se aplica a muchos de los pedidos de supuestos atentados contra el trabajo de los accionantes, se entiende que este es vulnerado si es que no se les permite ejercer su derecho a la libertad de empresa. Es decir, si al demandante no se le estaría permitiendo abrir su discoteca, tampoco se le estaría permitiendo trabajar. A pesar de este planteamiento, ¿a eso se refiere la norma constitucional cuando reconoce el derecho a la libertad de trabajo?

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.

Siendo el Perú una república social, de acuerdo a la declaración del artículo 43 de la Constitución, la libertad de contratación no puede interpretarse bajo la inspiración de un liberalismo que preconice que en materia de contratación laboral impera una irrestricta autonomía de la voluntad, dado que contravendría la declaración del primer párrafo del artículo 23 de la Constitución que declara que «el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado», esto es un principio de protección al trabajo.

En esa dirección, consideramos que una norma legal que impidiera a los trabajadores de una empresa —una vez cesado el vínculo laboral con ella— ejercer libremente una actividad económica del mismo giro o rubro de su ex empleador puede ser tachada de inconstitucional. Se restringiría injustificadamente el derecho a la libertad de trabajo, amparado en el inciso 15 del artículo 2 de la Norma Suprema. Igualmente, una obligación en ese sentido emanada de un contrato de trabajo puede ser cuestionada por vulnerar el principio de protección al trabajo proclamado en el artículo 23. Excepcionalmente, consideramos esa restricción como legítima cuando se ha pactado que el empleado tendrá acceso a conocimientos reservados relacionados con el objeto de la empresa o cuando realiza actividades de investigación que requieren necesariamente de confidencialidad por un plazo más prolongado que el habitual.

Hay que resaltar que el derecho a la libertad de trabajo consiste en el derecho de elegir libremente profesión u oficio, sin perjuicio de las normas que disciplinan, regulan y limitan el ejercicio de profesiones u oficios, imponiendo muy diversos requisitos siempre que sean razonables²⁰⁰. Cabe citar en el derecho comparado al numeral 1 del artículo 12 de la Ley Fundamental de Bonn, que declara que «todos los alemanes tendrán derecho a escoger libremente su profesión, su puesto de trabajo y su centro de formación, si bien el ejercicio de las profesiones podrá ser regulado por la ley o en virtud de una ley».

En la práctica, la libertad de trabajo tiene diversas manifestaciones. Así, pueden ser consideradas inconstitucionales ciertas restricciones desproporcionadas al ejercicio profesional de funcionarios y empleados públicos, la limitación a extranjeros para el ejercicio de determinadas actividades profesionales o laborales, las limitaciones a la capacidad de contratar por relación a la edad, titulación, entre otras.

²⁰⁰ En España, el Tribunal Constitucional asumió este criterio en la sentencia 83/1984, de 24 de julio, citada por Fernández Segado, 1992, p. 409.

Así, por ejemplo, dentro de nuestro marco constitucional, la colegiación para el ejercicio profesional —aunque es un resabio corporativista— no puede ser considerada como una restricción o una barrera de acceso que obstruya la libertad de trabajo. En esa dirección, el artículo 20 de la Norma Suprema establece que: «Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público. La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria». Empero, no se ha optado por la colegiación obligatoria en todas las profesiones, sino que se ha encomendado al legislador establecer, mediante ley, los supuestos concretos en los que será obligatoria. Las profesiones tituladas pueden ser reguladas por leyes que obliguen a la colegiación para cumplir con fines deontológicos orientados a proteger el interés público del correcto ejercicio profesional. Se diferencia así la libertad de trabajo de la libertad de ejercicio profesional²⁰¹. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional del Perú se ha pronunciado en el fundamento 7 de la STC Exp. 0027-2005-PI/TC, correspondiente al proceso de inconstitucionalidad promovido por el Colegio de Periodistas del Perú:

El legislador puede determinar aquellas carreras profesionales en que la colegiación es *conditio sine qua non* para el ejercicio regular de una profesión. Sin embargo, tal decisión no puede estar al margen de los valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales que la Constitución reconoce, es decir, si la obligatoriedad de la colegiación, para el ejercicio de determinadas profesiones, supone una restricción del libre ejercicio de la profesión, tal obligatoriedad debe ser objetivamente justificada por el legislador, considerando fines constitucionales como: a) la ordenación del ejercicio de las profesiones; b) que el ejercicio de las profesiones redunde en beneficio de la sociedad en general, dentro del marco de la deontología profesional, c) la mejor formación y perfeccionamiento de los profesionales colegiados, d) la defensa de los intereses profesionales —no particulares— de los colegiados.

En esta dirección, el artículo 59 de la Constitución declara que se garantiza la libertad de trabajo y la libertad de ejercer comercio e industria, dentro de los límites de la moral, la salud y la seguridad públicas. La Constitución de 1993 explicita en esta norma una manifiesta inspiración liberal sobre la intervención del Estado. Como señala Gordillo, esa formulación corresponde a la concepción clásica del denominado poder de policía (Gordillo, 2003, II, p. 7).

²⁰¹ Cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-5/85, La colegiación obligatoria de periodistas (art. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha pronunciado en el sentido de que «no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a este a los graduados en determina carrera universitaria».

Y es que el poder de policía ha ido evolucionando desde esa perspectiva clásica a una en la cual el Estado —aún después de la privatización y desregulación— interviene imponiendo limitaciones y restricciones a la libertad de trabajo y al ejercicio de una industria lícita para proteger otros bienes jurídicos: la tranquilidad pública, la confianza pública, la defensa del usuario y del consumidor, la estética pública, el decoro público, la seguridad social, la protección de los menores contra la explotación, entre otros (pp. 7-10). En consecuencia, imponer limitaciones a las libertades de trabajo, de empresa, comercio e industria, en tutela de otros bienes jurídicos es jurídicamente viable dentro del marco del Estado social, pero deberá ser precisado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Así, la Constitución prevé limitaciones a estas libertades que deben ser regulados por la ley en la medida en que todo derecho consagrado constitucionalmente no es absoluto, sino que debe ejercitarse de conformidad con las leyes que regulan su ejercicio. Estas leyes, a su vez, no pueden vulnerar estos derechos, lo que sucede cuando sus disposiciones resultan irrazonables, esto es, cuando no se adecúan a su finalidad o incurren en manifiesta injusticia o iniquidad (cfr. Naviera de Casanova, 2001, p. 422).

Cabe tener en cuenta como referencia las siguientes pautas en materia de libertad de trabajo y de industria lícita que se infieren de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de la Nación en Argentina²⁰²:

- El derecho a trabajar y a ejercer toda industria lícita está sujeto a las leyes que regulan su ejercicio. No se altera por la imposición de ciertas condiciones si, lejos de ser arbitrarias y desnaturalizar el derecho, guardan adecuada proporción con la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido con el ejercicio de las profesiones de que se trate.
- La clausura de un local mediante resolución administrativa no viola la libertad de trabajo si la autoridad actuó en uso de facultades privativas y en el ámbito de su competencia²⁰³.

²⁰² Se infieren de la jurisprudencia constitucional argentina citada por Naviera, 2001, pp. 445 ss.

²⁰³ En la jurisprudencia constitucional peruana cabe citar la STC Exp. 2633-2002-AA/TC caso Hilda Anaya Cárdenas, en el cual el Supremo Tribunal en el fundamento jurídico cuarto declaró: «aunque es cierto que toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley, no es lo menos que este derecho no es irrestricto y que debe estar sujeto al cumplimiento de las disposiciones de cada municipio, como en el presente caso, en el que para el inicio de una actividad comercial se deberá obtener previamente la licencia de funcionamiento respectiva; caso contrario, la Municipalidad tiene la facultad de clausurar el local y de sancionar».

- Mientras las normas reglamentarias sean razonables, es decir conducentes al fin que requiere su establecimiento y no descalificables por la iniquidad manifiesta de su contenido, conservan su presunción de constitucionalidad.
- No es aceptable la agremiación forzosa de personas en una «bolsa de trabajo» con la consecuente negación del derecho a trabajar para quienes no se inscriban.
- Una patente, tasa o impuesto desproporcionado resulta una traba insalvable o una prohibición de hecho al ejercicio de la libertad de trabajo o de industria lícita.
- La sanción de clausura resulta razonable, dado que el bien jurídico tutelado —el cumplimiento de los deberes formales que facilitan la fiscalización y verificación por parte del Fisco— en definitiva, permite la lucha contra la evasión fiscal y evita las nocivas consecuencias que produce respecto del deber de solidaridad con el Estado como a la desleal competencia ente los mismos contribuyentes.

Debemos subrayar que la protección a la libertad de trabajo supone que su ejercicio debe respetar los derechos fundamentales. Tanto el Estado como los particulares están prohibidos de discriminar por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición o de cualquiera otra índole, conforme al inciso 2 del artículo 2 de la Norma Suprema.

Tratándose de la libertad de trabajo debe regir el principio de igualdad: todo trato diferenciado debe ser razonable, siempre que las diferencias no sean arbitrarias, como sucede, por ejemplo, con aquellas fundadas en la idoneidad personal o el límite de edad. Así, la libertad de trabajo se conexiona con el derecho a la no discriminación en el empleo, amparado por el Convenio 111 de la OIT.

CAPÍTULO 10

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 e imposible determinación (Priori Posada, 1997, p. 38), por lo que configuran auténticos intereses de la sociedad. En consecuencia, lo difuso lo constituye el grupo humano que coparticipa de él y no tanto el interés en sí mismo (Fernández Segado, 1993, p. 251).

Superado en el siglo XX el Estado liberal de derecho por el Estado social y democrático de derecho, los intereses difusos se configuran como una nueva categoría del derecho público: derechos públicos subjetivos²⁰⁴. 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. Su importancia es cada vez mayor con la globalización, proceso mundial en el cual los impactos ambientales, los medios de comunicación, la biotecnología, o la informática, sobrepasan la esfera del individuo aisladamente considerado y pasan a ser problemas de orden colectivo (Eto Cruz, 2013, p. 681).

²⁰⁴ «A la concepción del derecho subjetivo como la protección de intereses estrictamente individuales, se sumó desde fines de siglo pasado la defensa de los intereses públicos bajo la concepción de los derechos públicos subjetivos, en el entendimiento de que existían un conjunto de intereses definidos que vinculaban a toda una comunidad y al estado mismo, intereses supraindividuales» (p. 395). Matheus López (2003) afirma: «En tal forma, y partiendo de la noción de medio ambiente como bien jurídico, cabe señalar que los bienes jurídicos se distinguen en individuales y colectivos —sobre la base de su disfrute y titularidad—, siendo, acorde a esta clasificación, el medio ambiente un bien jurídico colectivo, pues, aunque fuera posible imaginar una relación individual de cada ciudadano con el medio ambiente y lesiones del bien jurídico limitadas o circunscritas a una persona individual, es la sociedad en su conjunto la que ostenta la titularidad, cosa que se observa claramente en los supuestos de lesión del mismo, en los cuales la repercusión negativa del deterioro del ambiente afecta a la sociedad en su conjunto» (Morales Godo, 1997, p. 53).

Asumimos que la legitimación procesal debe ser entendida como un problema constitucional, pues el derecho de acceso a la justicia supone tanto ingresar sin restricciones a la jurisdicción correspondiente, como tramitar un proceso útil; esto es, que la controversia se resuelva en un proceso justo que no sea obstruido por obstáculos procesales o ritos formalistas. En esa dirección garantista, la doctrina de los intereses difusos se orienta a superar estas vallas procesales para la tutela del valor justicia y la consecución de la paz social.

Así, en los intereses difusos está inscrito el principio de solidaridad, que es inherente a los denominados derechos de tercera generación: 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, a la paz, entre los más relevantes (Fernández Segado, 1993, p. 252).

Estos intereses de pertenencia difusa son también denominados de incidencia colectiva, aun cuando en la doctrina y en la jurisprudencia se distingue entre intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos²⁰⁵. Esta tipología ha sido recogida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú en la STC Exp. 04878-2008-AA/TC.

El fundamento 30 de la precitada sentencia distingue entre intereses difusos e intereses colectivos, siguiendo en la doctrina a Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2002):

[Ambos tipos de derechos] comparten los mismos problemas jurídicos y se refieren a bienes indivisibles (aire, paisaje, medio ambiente sano, etc.). Su distinción fundamental consiste en que los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden colectividades o grupos limitados o circunscritos».

²⁰⁵ Cabe señalar que el Código de Protección y Defensa del Consumidor del Brasil, ley 9078, en el artículo 81 definió el interés difuso y el interés colectivo en los siguientes términos: «Intereses o derechos difusos son los intereses transindividuales y de naturaleza indivisible, de que sean sujetos personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho [...] Intereses o derechos colectivos, son los intereses transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean sujeto un grupo, una categoría o una clase personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base».

Abad (2004), siguiendo a la moderna doctrina brasileña distingue entre intereses o derechos difusos, intereses o derechos colectivos e intereses o derechos individuales homogéneos. Abad, ejemplifica para distinguirlos, en los siguientes términos: «A partir de tales categorías, a manera de ejemplo, que la contaminación ambiental o la publicidad engañosa vulneran derechos difusos: que si en el marco de una relación contractual una escuela efectúa cobros ilegales a sus alumnos afecta un derecho colectivo; y que puede hablarse de derechos individuales homogéneos cuando se reclama una reparación por daños individuales generados por una publicidad engañosa, y es que —como señala Gidi— dicho ‘concepto básicamente implica una acción colectiva por daños individuales» (pp. 150-151).

Así, los miembros del conglomerado que tiene un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables. Parte de la doctrina y la legislación brasileña [...] los identifican según sus titulares se encuentran ligados por circunstancias e hechos (intereses difusos) o bien si pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria debido a una relación jurídica base (intereses colectivos).

Más adelante en el fundamento 32, con relación a los actos individuales homogéneos, siguiendo al jurista mexicano, los distingue de los derechos difusos y colectivos en los siguientes términos:

[...] los derechos individuales homogéneos se distinguen de los intereses supraindividuales (difusos y colectivos), en que aquellos son auténticos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo. La tutela colectiva de los derechos esencialmente individuales descansa en dos notas básicas: a) su homogeneidad al tener origen común, es decir, al producirse de una misma fuente o causa; y b) su divisibilidad, al representar en realidad derechos personales que pueden ejercerse de manera individual, pero existe la posibilidad y conveniencia de la acción colectiva, teniendo resultados desiguales para cada participante.

El estudio comparativo de la tutela de los intereses difusos demuestra la existencia de varios modelos para su protección: cualquier afectado; el Ministerio Público; las *class actions* en Estados Unidos; las organizaciones de la sociedad civil; el *ombudsman*; las acciones populares; el amparo colectivo y la creación de órganos y agencias especializadas²⁰⁶.

²⁰⁶ Fernández Segado (1993) agrupa los modelos de tutela de los intereses difusos en tres: «a) El primero de esos modelos es el que considera los intereses difusos como intereses públicos, atribuyendo al Ministerio Fiscal la legitimación procesal con vistas a la necesaria actuación para su protección. Quizá una de los ejemplo sal respecto más claros sea el de la Constitución de Brasil de 1988, cuyo artículo 129, inciso tercer, atribuye al Ministerio Público la función institucional de promover la investigación civil y la acción pública civil para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos [...] b) El segundo modelo consiste en la creación de nuevos órganos públicos especializados, que en los últimos lustros han proliferado por muchos países, especialmente en relación de los consumidores con algunos de estos intereses difusos [...] c) Un tercer modelo nos viene dado por la habilitación legal a personas u organizaciones privadas para que puedan instar procesalmente la defensa de derechos o intereses difusos, como si de derechos o intereses propios se tratara [...] Ha sido, sin embargo, en los Estados Unidos en donde este modelo ha arraigado con mayor fuerza y relevancia a través de la llamada *class action*. Como señala Vigoriti, la institución jurídica del *class action* del sistema norteamericano, presupone la existencia de un elevado número de titulares de pretensiones jurídicas individuales, posibilitando el tratamiento procesal unitario y simultáneo de todas ellas» (pp. 252-253).

En el derecho comparado, cabe citar al artículo 5, numeral 72, de la Constitución brasileña de 1988, que prevé una acción popular para la tutela de intereses difusos.

En Colombia, el artículo 88 de la Constitución de 1991 establece que la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

La Constitución venezolana de 1999, en su artículo 26 ampara los derechos colectivos o difusos: «Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente».

A nuestro juicio, uno de los ordenamientos más protectores de los intereses o derechos difusos es el modelo argentino, desarrollado en el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina, reformada en 1994, que consagra el amparo colectivo en los siguientes términos:

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización²⁰⁷.

Desde el enfoque del análisis económico del derecho, Bullard y Fonseca (1997), sostienen como alternativas la asignación de derechos de propiedad individual sobre los recursos integrantes del medio ambiente: «Lo destacable de esta propuesta es que por tal vía se llegaría a conseguir una identidad entre el interés difuso y el interés particular, hecho que crearía incentivos para la adopción de acciones oportunas y efectivas de protección al medio ambiente [...] Asignar un lago a un propietario individual llevará a que él mismo lo proteja de la depredación o de la contaminación y a tener incentivos suficientes para no depredarlo o contaminarlo, esto es, para no destruir lo que es suyo. Lo mismo puede hacerse con un bosque o con una reserva natural» (p. 205).

²⁰⁷ Cabe señalar que la jurisprudencia argentina ha registrado importantes precedentes anteriores a la reforma constitucional de 1994. Así, en la sentencia expedida en el caso *Kattan c. Poder Ejecutivo Nacional*, en el que se concedió el amparo constitucional promovido por un conjunto de ciudadanos contra el Poder Ejecutivo por haber autorizado a empresas japonesas a capturar en aguas de jurisdicción argentina. La Corte Suprema de la Nación declaró: «Están habilitados para iniciar una acción de amparo aquellos que lo hacen a título personal o en representación de sus familias, cuando la finalidad que persiguen es el mantenimiento del equilibrio ecológico, garantía esta que se encuentra implícita en el art. 33 de la Constitución Nacional [...] En efecto, la destrucción, modificación o alteración de un ecosistema interesa a cada individuo, y defender su hábitat constituye una necesidad o conveniencia de quien sufre el menoscabo, con independencia que otros miembros de la comunidad no lo comprendan así y soporten los perjuicios sin intentar defensa» (citado por Fernández Segado, 1993, pp. 256-257).

En la legislación peruana, 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.

El artículo 40 del Código Procesal Constitucional, tercer párrafo, prevé la tutela urgente del proceso constitucional de amparo para la protección de los intereses o derechos difusos, en los siguientes términos: «Puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos».

La protección de los intereses difusos también es viable mediante el proceso de cumplimiento, regulado en el segundo párrafo del artículo 67 del Código Procesal Constitucional. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano debemos resaltar el caso Valentín Chalco Huamán y otros, STC Exp. 921-2003-AA/TC, en la cual el supremo intérprete de la Constitución reconoce la tutela de los intereses difusos para la protección del derecho al ambiente, al precisar en el fundamento jurídico 3 de la sentencia pronunciada de 12 de agosto de 2003, que:

Conviene, asimismo, dejar establecido que el cuestionamiento que se ha hecho a quienes han promovido la presente demanda, so pretexto de que no les asistiría legitimidad procesal, carece de todo asidero, pues los derechos objeto de reclamo se sustentan en lo que la doctrina califica como intereses difusos y, por tanto, vinculan a título de derecho subjetivo a cualquier persona, grupo humano o sector de la sociedad. En tales circunstancias, resulta de aplicación el último párrafo del artículo 26 de la ley 23506, que estipula que cuando la acción se interponga por violación o amenaza de violación de derechos constitucionales de naturaleza ambiental, podrá ser ejercida por cualquier persona, aun cuando la violación o amenaza no la afecte directamente.

En el fundamento 16 de la STC Exp. 1757-2007-PA/TC, caso Comité de Defensa Ecológica del Parque Ramón Castilla asume que, siendo el parque metropolitano

un bien de uso público, es viable invocar la defensa de derechos o intereses de carácter difuso en materia ambiental: «En este orden de ideas, el parque o bosque Ramón Castilla de Lince no solo es un “parque metropolitano”, sino que, tiene la condición de bien de uso público. Consecuentemente, su protección implica tutelar bienes e intereses constitucionales de carácter difuso, toda vez, que lo titularizan todas y cada una de las personas».

En suma, como analizaremos más adelante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado la tutela constitucional del medio ambiente no solo como derecho subjetivo, sino también como un derecho o interés de carácter difuso para resolver controversias en asuntos tan variados como las antenas de telefonía celular, actividades de explotación de hidrocarburos en áreas nacionales protegidas, impacto de la actividad minera en los recursos hídricos, ruidos molestos, entre otros.

2. LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

2.1. Antecedentes y conexión con el modelo de competencia imperfecta

En la segunda mitad del siglo XX el ordenamiento jurídico comienza a reconocer con creciente intensidad los legítimos intereses de los ciudadanos en su condición de consumidores y usuarios. Esto se ha ido consolidando —de manera pausada pero firme— en la mayoría de sociedades, y representa el triunfo de los derechos humanos de solidaridad o de tercera generación.

A partir de la década de 1960, en muchos países se multiplicaron declaraciones y normas legales que buscaban conseguir una adecuada protección a los consumidores y usuarios. Son específicamente significativos el mensaje al Congreso de los Estados Unidos del presidente Kennedy en 1962 y el *Molony Report* del mismo año en Inglaterra. La Unión Europea también ha tenido una importante producción legislativa en esta materia, al igual que sus países miembros (Consejo Económico y Social de España, 1999). Muchas han sido también las constituciones políticas y leyes nacionales que posteriormente han tratado el tema.

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 debido al alejamiento del fabricante, la progresiva internacionalización y las nuevas técnicas de marketing y publicidad, aumentaron la complejidad de los mercados y dificultaron la capacidad de elección del consumidor, básicamente por carencias informativas. Con ello, la denominada «soberanía del consumidor» en muchísimos casos se convirtió en poco menos que un mito, sin sustento en la realidad. Frente a esta situación, el arsenal jurídico tradicional se mostró insatisfactorio, con lo cual se degradó la posición jurídica

del consumidor. Surgieron entonces las corrientes destinadas a protegerlo, a colocarlo en posición de igualdad, en lo posible coadyuvando al mejor funcionamiento del mercado, bajo un sistema de capitalismo evolucionado e influido por las ideas fundacionales del Estado social y democrático de derecho.

Las ideas que surgen de esa concepción, que es un principio orientador de la actuación del Estado, señalan que las políticas públicas deben estar encaminadas a la reducción de la desigualdad social, que es un concepto político más que una categoría jurídica, ya que las carencias que dan lugar a esa situación si bien no dejan de ser jurídicas, son básicamente económicas. Ello se traduce con frecuencia en posiciones políticas que prefieren darles relevancia a los problemas presentes frente a las posibles conquistas futuras, pues —señalan— no es posible sacrificar el bienestar de una generación en aras de un hipotético y futuro bienestar que producirá el mercado.

Esta exigencia, de carácter ético, vinculada a la reducción de la desigualdad, puede caer con facilidad en la demagogia y en el populismo, y se enfrenta también a una dimensión internacional en la que priman los intereses de las empresas transnacionales, cuyas actuaciones —en ocasiones agresivas y hasta abusivas— no puedan ser fiscalizadas por ningún poder estatal. El problema es complejo: de un lado está probado que el excesivo intervencionismo estatal detiene el desarrollo en muchos aspectos y genera corrupción y falta de eficacia. De otro, sabemos que la libertad por sí sola, sin control, no producirá igualdad, pero que en un sistema democrático nunca es posible erradicar la libertad. La opción constitucional por una economía social de mercado obedece a la convicción de que es ella la que mejor puede, en nuestros días, enfrentar satisfactoriamente tan difícil disyuntiva.

La existencia de una ley especializada —la última y actualmente vigente en nuestro caso, es la ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor— no significa la ausencia de normas dispersas destinadas a la protección de los intereses de los consumidores y usuarios en diferentes cuerpos legales, circunstancia que obedece a que no parece posible incluir en una sola ley a toda la regulación relativa a la protección de aquellos. Pero es preciso decir que no debe celebrarse como un triunfo la incorporación legislativa, en forma aislada, de normas de protección que han carecido de un análisis estricto de costo-beneficio. Ello es metodológicamente incorrecto, porque ellas tienen siempre un costo económico que, en ocasiones, el Estado no puede o el consumidor/usuario no quiere asumir, y que pueden manifestarse en exigencias que afectan a la mayor competitividad de la economía, lo que puede elevar el precio de los productos o disminuir los puestos de trabajo, por automatización. En otras palabras, en ciertas ocasiones son iniciativas de grupos de interés para beneficiarse de recursos públicos a través de una normativa específica, buscando justificar la necesidad de regular con afirmaciones tales como que el consumidor está siempre

en desventaja o desprotegido. Por ejemplo, la determinación de determinados estándares de calidad es una estrategia típica para que determinadas empresas se beneficien o para que puedan acceder con ventaja a concursos o licitaciones convocadas por empresas privadas u organismos públicos. Hay que tener cuidado en no caer en la creencia de que toda regulación que se presenta como favorable al consumidor tenga efectivamente ese carácter.

El moderno desarrollo legislativo de disposiciones destinadas a la protección de consumidores y usuarios constituye, en casi todos los países, un conjunto normativo poco homogéneo. La influencia durante los últimos años de las tendencias neoliberales hicieron que se confiara en exceso en los beneficios de la competencia económica como fórmula de protección a consumidores y usuarios, no solo olvidando las limitaciones propias de un modelo de competencia imperfecta imperante en los países más avanzados, sino, además, las limitaciones de mercados como el nuestro, debido a la falta de oferta y a las debilidades en la información propias de una ciudadanía que en buena proporción ha accedido recientemente a la alfabetización y a la exclusión resultante de la pobreza extrema y la falta de empleo estable y formal. En nuestro país, además, los niveles de competitividad empresarial son bajos, cuando no ausentes, salvo en sectores específicos como el vinculado a la exportación de productos agrícolas.

2.2. Carácter interdisciplinario de la disciplina, dogma de la autonomía de la voluntad y asimetría informativa

La defensa y protección jurídica de consumidores y usuarios tiene en nuestros días un carácter horizontal o interdisciplinario y suele concernir a distintos sectores del ordenamiento jurídico, esto es, las normas de protección pueden pertenecer al ámbito constitucional, administrativo, penal, procesal y civil. Y es así porque enfrenta o intenta resolver el conflicto de intereses que se produce entre lo público y el interés privado de los empresarios. Como bien ha puesto de manifiesto Polo (1980), el concepto esencial del cual arranca toda la problemática jurídica de la protección al consumidor reside en la noción de libertad contractual como palanca suprema de toda la vida social y jurídica que domina por entero la formación del contrato (p. 24).

La libertad contractual parte del dogma de la autonomía de la voluntad, propio del individualismo y de los principios jurídicos del sistema liberal, que es a la que corresponde la regulación de los contratos. En el siglo XX se descubrirá que esa autonomía absoluta puede perjudicar el interés público, pues no tenía en cuenta la desigualdad que, en ocasiones, se encontraban las partes, lo que podía dar lugar a la imposición de cláusulas abusivas por la parte económicamente fuerte, «de tal forma que a la débil solo le restaba la libertad de adherirse al contrato o rechazarlo» (p. 25).

En una primera etapa, la intervención del Estado se manifiesta en la regulación en los contratos de arrendamiento y en los de trabajo, para después ingresar al terreno de la formación de la voluntad; esto es, obligando a contratar a la parte dominante y después fijando el contenido del contrato. Surge así la imposición de contratos-tipo y de formularios aprobados por el Estado, así como la obligación de la empresa de hacerle frente al requerimiento o solicitud del usuario en el caso de los servicios públicos, más aún cuando opera en régimen de monopolio.

En síntesis, la creciente universalización en los sistemas de protección a los consumidores y usuarios, es una clara demostración de una tendencia que ve la función del derecho como un aparato normativo que protege a la persona, que busca reencontrarse con la justicia y que garantiza el reconocimiento equilibrado de intereses públicos y privados. Esta tendencia desciende desde el moderno constitucionalismo social para combatir y superar la pobreza de importantes sectores sociales y para enfrentar el abuso al que pueden ser sometidos también otros sectores sociales por los empresarios o por los gobernantes. Los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios tienden además a mejorar el funcionamiento del mercado, al corregir su posición subordinada en las relaciones con la gran empresa buscando restablecer la igualdad entre las partes.

Una de las normas básicas de nuestro ordenamiento jurídico es la que se refiere a la libertad contractual, reconocida en el artículo 2, inciso 14 de la Carta Fundamental, así como en nuestro Código Civil en su artículo 1354, que dispone que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, que lo que se haya expresado en él es obligatorio (artículo 1361) y que debe negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes (artículo 1362). Todo ello siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo, a lo que se adiciona la posibilidad de que la ley ponga limitaciones por consideraciones de interés social, público o ético (artículo 1355). Dado que la ley no ampara el abuso del derecho ni la excesiva onerosidad en una prestación, quien se sienta afectado por una situación de esta naturaleza puede exigir la adopción de medidas necesarias para evitar o suprimir el abuso y, en su caso, la indemnización correspondiente (Código Civil, Título Preliminar, artículo II; arts. 1440 y ss.).

Nada de lo anterior puede servir para desvirtuar —sino más bien para confirmar— que el contrato es ley entre las partes y que determina el alcance de los derechos y obligaciones pactadas si no hay norma imperativa en contra. Por lo tanto, el conjunto normativo destinado a tutelar los intereses y derechos de los consumidores y usuarios debe respetar el principio de autonomía de la voluntad y el principio de libertad de empresa. De ahí que «los fines de política jurídica que presiden e inspiran toda esta legislación estén dirigidos preferentemente a mejorar los niveles

de información y transparencia del mercado» (Ruiz Muñoz, 1999, p. 6), para que el consumidor decida con el mayor conocimiento, de manera libre y sin engaño. Es por ello que se imponen, por un lado, deberes de información a los empresarios y sanciones como la nulidad o revocación del contrato; y, de otro lado, disposiciones a favor del cumplimiento de lo pactado en beneficio del consumidor, como la garantía de los fabricantes y desarrollos tendentes a la protección de la salud o la seguridad personal por medio de la implantación de sistemas de responsabilidad objetiva. De esta manera, los cuerpos normativos clásicos del derecho privado, como el Código Civil, se adaptan a las realidades y exigencias contemporáneas, todo lo cual contribuye a equilibrar los intereses de las partes y al mejor funcionamiento del mercado.

2.3. La cláusula constitucional de la defensa del interés de los consumidores y usuarios

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

Cabe señalar, en primer término, que el artículo 65 de la Norma Suprema 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, reconociendo implícitamente la elaboración doctrinal internacional en la materia y lo consagrado en numerosos documentos aprobados por organismos internacionales. En consecuencia, ese principio ha de inspirar las leyes relacionadas con la materia que se elaboren y promulguen en el futuro, así como guiar la actuación de autoridades y jueces. Ello es de particular importancia, pues significa que en caso de duda sobre la interpretación de una norma cuando sea de aplicación a consumidores y usuarios, debe tenerse presente el referido principio constitucional, un reconocimiento a la posición preeminente y de tutela del Estado en esta materia.

Antes de continuar, es preciso recordar que, para nuestra constitución, la defensa de la persona —en este caso el ciudadano en su faceta de consumidor— obliga a descartar ver al consumidor únicamente como un maximizador de beneficios, pues para el constitucionalismo contemporáneo la libertad propia de la opción de consumo no lo desvincula de su relación con la comunidad en la que vive. Esto implica reconocer una dimensión ética en los actos económicos, que implican generación de riqueza, pero también de bienestar. Ello se compatibiliza con los principios en los que se sustenta una economía social de mercado.

El artículo 65 es también un mandato para el legislador, que puede y debe manifestarse en una variedad de normas de desarrollo, sean leyes generales o específicas, pues hay que tener en cuenta que la idea de que pueden protegerse esos intereses y derechos mediante una única ley es cuestionable. En el Perú tenemos una norma de carácter general, la ley 29571, que aprobó el Código de Protección y Defensa del Consumidor en el año 2010, y que ha sufrido después varias modificaciones. El precitado artículo 65 pone de manifiesto que:

- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios, esto es, se obliga a asumir una posición proactiva y tuitiva en esta área como principio rector de la actuación del Estado respecto de toda actividad económica;
- Para efectuar esa defensa, el Estado garantiza fundamentalmente 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;
- El Estado vela en particular, sin carácter excluyente, por los derechos de salud y la seguridad de la población; y,
- 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 una actuación destinada a la protección de los mismos²⁰⁸.
- Se prevé razones constitucionales para la intervención pública y para la limitación de la libertad de empresa, en particular en la libertad de contratación (Cidoncha Martín, 2011, p. 129).

Al comentar ese artículo, Marcial Rubio dice que es bastante más detallado y demuestra un mayor interés del constituyente por los consumidores y usuarios que el de la Constitución de 1979 (Rubio Correa, 1999, p. 318). Agrega que en una economía social de mercado son tan importantes «las libertades propias del mercado, como los contrapesos de equilibrio de justicia social y seguridad», y que una de las dimensiones más importantes de aquella «es la lealtad al consumidor, en la medida en que el último destinatario de las transacciones es él». Afirma Rubio que «la protección del consumidor tiene importancia no solo por la justicia en sí misma frente a él,

²⁰⁸ El criterio de que el artículo 65 de la Constitución consagra un derecho subjetivo en este sentido fue asumido por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 858-2003-AA/TC y ha sido reiterado en el fundamento 41 de la sentencia pronunciada el 26 de enero de 2007, en el caso Víctor Augusto Morales Medina, Expediente 1776-2004-AA/TC, que marca un cambio jurisprudencial en materia del derecho de libre acceso a la pensión en los sistemas pensionarios.

sino también por la necesidad de fortalecer y hacer crecer al mercado. Justicia y conveniencia son dos aspectos que se entremezclan sustantivamente en este ámbito» (pp. 318-319).

Ahora bien, resulta de aceptación pacífica que el alcance del artículo 65, ubicado al interior de los principios generales del régimen económico, no puede desconocer los derechos fundamentales a la persona. Además, la protección a los consumidores y usuarios debe respetar el marco constitucional económico. Esta afirmación tiene un doble sentido: de un lado, porque el mantenimiento del sistema económico constitucional es ya de por sí una defensa indirecta a los consumidores y usuarios, pues el desajuste que se podría producir en el mismo deberá ser corregido por otro conjunto de normas, entre ellas las dirigidas a defender una competencia libre y leal. De otro, «porque la regulación de la defensa del consumidor no puede ir contra los principios constitucionales configuradores del modelo económico» (Sequeira, 1984, p. 92).

Esa afirmación, en su primer sentido, reafirma la íntima interrelación entre las normas que regulan el derecho de la competencia y aquellas destinadas a la protección de los consumidores y usuarios, pues sin duda el correcto funcionamiento del mercado influye —a veces en forma determinante— en las decisiones de los consumidores y usuarios. En su segundo sentido, pone en evidencia que los principios rectores del sistema económico constitucionalizado no pueden verse afectados por las normas dirigidas a la protección a los consumidores y usuarios. En ese sentido, el derecho a la propiedad, a la libertad de contratación y a la libertad de iniciativa económica o libertad de empresa, no pueden verse afectados en su contenido esencial, si bien los límites de tolerancia del modelo económico quedan abiertos a las interpretaciones de los tribunales y a la ambigüedad o precisión que la redacción de la norma permite.

La Constitución prescribe en su artículo 65 la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tiene como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios, en lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses, es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de 11 de noviembre de 2003, fundamento jurídico 30, Expediente 0008-2003-AI/TC

En síntesis, el Estado está obligado a defender y garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces —en especial en los ámbitos de la información y educación, seguridad y salud—, fomentando sus organizaciones y ayudándolas en cuestiones que puedan afectarlas, no solo con carácter utilitarista sino en forma equilibrada, esto es, tomando en cuenta a todos los participantes en el mercado y acorde con los principios inspiradores del Estado social y democrático de derecho.

2.4. Intereses protegidos y derecho fundamental

2.4.1. Los intereses protegidos

Los intereses de los consumidores y usuarios, que el Estado se ha comprometido a defender según el artículo 65 de la Constitución, son más amplios e incluyentes que los derechos, y esos intereses pueden adquirir contenido muy variado y cambiante. Ello, sin embargo, no debe hacernos pensar que se pueda tratar de intereses individuales o personalísimos que provengan de una conducta caprichosa y extravagante.

Como sabemos, los consumidores y usuarios son indispensables para que el mercado funcione como espacio de intercambio de bienes y servicios. Sus intereses están vinculados al acto cotidiano o eventual de consumo, que se realiza para satisfacer sus necesidades básicas y sus intereses vitales y económicos. Además, al realizar un acto de consumo desea o tiene interés en que el bien o el servicio satisfaga sus requerimientos, y para hacer realidad esos intereses la Constitución y las leyes reconocen la existencia de ciertos derechos y de intereses concretos y específicos.

La protección de los intereses de los consumidores exige que el Estado cumpla con algunos deberes que van más allá de dictar normas protectoras. Es necesario crear órganos estatales destinados a preservar los derechos e intereses legítimos y establecer procedimientos apropiados para que los consumidores puedan solicitar una protección eficaz. Los intereses deben entenderse vinculados al género de los consumidores y usuarios en cuanto categoría económica y jurídica, aplicando el principio pro consumidor, que implica la interpretación e integración de normas atendiendo a lo más favorable a los consumidores.

2.4.2. ¿Derecho fundamental?

El primer asunto a determinar es si la no inclusión específica del derecho de los consumidores y usuarios entre los derechos fundamentales consagrados en el capítulo I del título I, («De la persona y de la sociedad») les impide tener tal reconocimiento, ya que el artículo 65 se encuentra ubicado, como hemos señalado, dentro del capítulo I, principios generales del título III, «Del Régimen Económico», lo que solo

le permitiría constituirse en un principio rector de la política económica que debe inspirar la legislación y la acción de los poderes públicos, pero sin otorgar medidas especiales de protección a los ciudadanos cuando actúan como consumidores y usuarios²⁰⁹.

En esta materia seguimos a Vega Mera, para el cual si siguiéramos ese razonamiento tendríamos también que negar el carácter de derecho fundamental a los derechos sociales y políticos, por estar consignados en los capítulos II y III del Capítulo I y no específicamente en el I, lo que no tiene asidero. Como señala ese autor:

[...] independientemente del catálogo de derechos fundamentales que contiene el art. 2 de la Constitución, y que toma a la persona como ser humano de sustento, pretexto y eje de los mismos, el caso del art. 65 se toma al consumidor como basamento de los derechos que la Carta consagra. Y esa consagración, —continúa Vega— significa una incontrastable constitucionalización de los derechos más importantes del consumidor: salud, seguridad, información (Vega Mera, 2001, pp. 140-141).

Si bien es cierto que no todos los derechos del consumidor son derechos subjetivos y que en muchos casos se trata más bien de obligaciones y prohibiciones legales para los agentes económicos, no nos cabe duda de que los ya citados derechos a la salud, seguridad e información son derechos fundamentales de la persona, en este caso en su condición de consumidor o usuario. Más aún, coincidimos con Espinoza Espinoza (2005, p. 190) en el sentido de que los alcances del artículo 65 de la Constitución no limitan la protección del consumidor solo a los derechos a la información, salud y seguridad, pues su alcance debe ser interpretado sistemáticamente con el artículo 3 de la Carta Fundamental. Este 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 con el citado autor que no puede existir una tutela diferenciada para las personas y los consumidores, ya que la persona, al actuar dentro del mercado, asume el estatus especial de consumidor. Desde esta perspectiva, el acto de consumo es, sin duda, un acto de ciudadanía²¹⁰.

²⁰⁹ Esta polémica se instaló también en España dada la forma en que este tema fue tratado en su Constitución de 1978 (ver Gómez Segade, 1980).

²¹⁰ En efecto, como dice Stucchi, «El ejercicio de la ciudadanía económica, desde los actos de consumo, se produce con plenitud en el marco de una economía social de mercado, cuando el escenario institucional garantiza: i) libertad, cuyo vehículo es la elección, que permite a cada individuo determinar el camino hacia su bienestar; e ii) igualdad, cuya expresión es un mismo conjunto de derechos y deberes para cada individuo en las mismas condiciones. Sobre el aseguramiento de estas dos condiciones, a cargo del Estado, se construye no solamente el ejercicio de la ciudadanía económica sino su propia legitimidad.

De otro lado, el Tribunal Constitucional peruano lo ha reconocido expresamente mediante la precitada sentencia del 11 de noviembre de 2003 en el fundamento jurídico 32, indicando que:

Ahora bien, pese a que existe un reconocimiento expreso del derecho a la información y a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores o usuarios, estos no son los únicos que traducen la real dimensión de la defensa y tuitividad consagrada en la Constitución: Es de verse que en la Constitución existe una pluralidad de casos referidos a ciertos atributos que, siendo genéricos en su naturaleza, y admitiendo manifestaciones objetivamente incorporadas en el mismo texto fundamental, suponen un *numerus apertus* a otras expresiones sucedáneas. Así, el artículo 3° de la Constitución prevé la individualización de «nuevos» derechos, en función de la aplicación de la teoría de los «derechos innominados» allí expuesta y sustentada... Por ello, los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación de daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se exigen también los derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios.

El Tribunal Constitucional ha considerado que existen derechos fundamentales a favor de los consumidores y usuarios. Para ello utiliza la cláusula de derechos no enumerados, que implican tanto un principio rector para la actuación del Estado como un derecho personal y subjetivo, tal como lo determinó en la STC Exp. 3315-2004-AA caso Agua Pura Rovic S.A.C. En otras palabras:

[...] reconoce y apoya el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor. De esta forma, se admite la existencia de derechos constitucionales específicos para los consumidores y usuarios, oponibles al Estado y a proveedores y prestadores (Sosa, 2011, p. 152).

Sin embargo, debe considerarse que la plenitud del ejercicio libre de derechos iguales requiere un nivel mínimo de educación que permita al individuo conocer el contenido y alcance de la libertad y de la igualdad como características de la ciudadanía económica. Desde esta perspectiva, la educación para el ejercicio de la ciudadanía económica resulta necesaria para que el intercambio entre los individuos, dentro de un orden de mercado garantizado por el Estado, viabilice los caminos hacia el bienestar social derivado del conjunto de decisiones individuales de consumidores, que persiguen el bienestar propio y el de sus familias». Por cierto, en ese contexto es preciso enfatizar la necesidad de un proceso competitivo intenso que proporcione las mejores opciones en calidad y precio, con existencia de leyes que sancionen las conductas anticompetitivas y desleales, así como la eliminación de barreras burocráticas de acceso; ese intenso proceso competitivo es, sin duda, una correspondencia necesaria de la ciudadanía económica (Stucchi, 2011, p. 57).

En consecuencia, los consumidores tienen derecho a exigir tutela estatal y a accionar contra proveedores y prestadores. En la misma sentencia, el Supremo Tribunal ha reconocido «la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de trasgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses», lo que equivaldría al «atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos del consumidor o del usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor».

El artículo 65, en resumen, 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 cuanto 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. Esto último puede hacerse a través de un conjunto armónico de normas de inferior categoría que deberán siempre interpretarse en la forma que más favorezca a los consumidores y usuarios, lo que puede llevar incluso a declarar la inconstitucionalidad de aquellas que no hagan o respeten el mandato constitucional. Por cierto, se ha buscado llevar adelante ese desarrollo mediante una ley de carácter general (Bercovitz, 1984, p. 101), como el Código de Protección y Defensa del Consumidor, aunque nunca sea omnisciente para comprender todas las complejas situaciones jurídicas y la casuística que surge de la protección de la que venimos tratando.

2.5. Orden y contenido general del Código de Protección y Defensa del Consumidor

El Código de Protección y Defensa del Consumidor representa una superación cualitativa frente a la legislación anterior, contenida fundamentalmente en el decreto legislativo 716²¹¹. Ese nuevo Código contiene las normas básicas para la protección y

²¹¹ Bajo este régimen, el Tribunal del Indecopi dio una interpretación muy cercana a las tesis neoliberales para explicar cuál era el motivo por el que existía una legislación especial en esta materia. En efecto, cuando estaba vigente el decreto legislativo 716 se señaló que no compartía la idea de que la razón principal de la existencia de una legislación destinada a la protección de consumidores y usuarios sea «la desigualdad de poder económico existente entre los proveedores de bienes o servicios y los consumidores o destinatarios finales de los mismos». Más bien, consideraba que esa aproximación «no es compatible con la realidad de los casos que se presenta en el área de protección al consumidor, ni con el régimen legal vigente». Y ello es así, según decía el Tribunal del Indecopi, porque si los consumidores advierten que lo ofrecido responde o no a sus expectativas desplazarán la demanda hacia otros competidores, y porque el uso inadecuado del poder económico es materia de las normas sobre libre competencia, y que las referentes a la protección del consumidor no pueden ni deben duplicar. En la resolución 101-96-TDC

defensa de los derechos de los consumidores, buscando mejorar el acceso a productos y servicios ofrecidos en el mercado y contiene, además, normas para la solución de controversias que pudieran presentarse como consecuencia de las relaciones de consumo. El Código protege a las personas naturales o jurídicas que se encuentran expuestas a una relación de consumo o en una etapa preliminar a esta. La relación de consumo es aquella en la que un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica.

El Código tiene el orden y contenido general siguiente: se inicia con un título preliminar que incluye contenido, finalidad, ámbito de aplicación, definiciones, principios y políticas públicas. Continúa el título I, sobre los derechos de los consumidores y la relación consumidor-proveedor, lo que incluye el tratamiento de la información, la protección frente a la publicidad, la idoneidad de productos y servicios y el tema de la salud y seguridad. El título II trata de los contratos y de las cláusulas abusivas; el título III, de los métodos comerciales abusivos; el título IV de la protección referente a productos o servicios específicos, tales como los servicios educativos, inmobiliarios y financieros; el título V, de la responsabilidad del proveedor y la responsabilidad civil y administrativa; el título VI de la defensa colectiva de los consumidores; y el título VII del sistema nacional integrado de protección al consumidor, lo que incluye el tratamiento a las asociaciones de los consumidores, el sistema de arbitraje de consumo y los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

se señala que la protección al consumidor se basa fundamentalmente en la asimetría de información existente entre los proveedores y los consumidores y que esa asimetría solo debe ser corregida en aquellos casos en que el mercado no funciona adecuadamente, por lo que debe determinarse en qué casos es pertinente la intervención de la administración. Más adelante declaró que debe actuar «en segmentos del mercado donde es común encontrar situaciones de asimetría informativa que este no puede corregir de manera adecuada. Esto implica una actuación administrativa cautelosa que, sin generar distorsiones a los mecanismos de mercado, contribuya a un mejor funcionamiento del mismo. La solución de los problemas de asimetría informativa implica identificar, dentro de las dos categorías de sujetos intervinientes en las relaciones comerciales, a la parte que se encuentra en mejor posición para conocer la información relevante o para tomar las precauciones que fuesen necesarias para reducir los riesgos involucrados en una relación comercial. Esto comprende los casos de ocultamiento o distorsión de información conocida o conocible por el proveedor que no es suministrada adecuadamente al consumidor; los casos de productos o servicios defectuosos en los que el consumidor no se encuentra en posibilidad de conocer y menos evitar que se presenten los defectos; o los casos de incumplimiento o inejecución de obligaciones asumidas por no haber previsto mecanismos adecuados, en base a la información disponible para el proveedor, para evitar dicho incumplimiento o inejecución». En la resolución que venimos citando se afirma que el tipo de problemas antes descrito se podría presentar en casi cualquier relación contractual, pues siempre es posible identificar que alguna de las partes se encuentra en mejor situación que otra para conocer la información relevante, pero que ello no debe hacer creer que en esta materia debe efectuarse un análisis caso por caso, sino por categorías genéricas. De ahí la importancia de definir qué se entiende por consumidor o usuario, para evitar incluir dentro del sistema legal aquellas categorías de sujetos para los que no está prevista la protección.

Es de resaltar que el Código se aplica a las relaciones de consumo que se celebran en el territorio nacional o cuando sus efectos se producen en él, y es competente en la materia el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Es también pertinente hacer referencia a lo señalado en el artículo 132 del Código, en virtud del cual se crea el Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor como el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos destinados a armonizar las políticas públicas con el objeto de optimizar las actuaciones de la Administración del Estado para el cumplimiento de las normas contenidas en el código y otras relevantes.

2.6. Principios rectores, políticas públicas y derechos de los consumidores

En el artículo V se señalan los principios a los cuales tiene que sujetarse el Código, entre ellos el de soberanía del consumidor, el principio pro consumidor, de transparencia, de buena fe y de primacía de la realidad.

Dada su constante invocación, es pertinente referirnos al principio pro consumidor. Walter Gutiérrez lo ha definido como aquel en el que en «las relaciones de consumo y las dudas o conflictos que se generen en el marco de ellas, deberá estarse a lo más favorable al consumidor. Así toda creación, interpretación e integración legal en nuestro ordenamiento deberá hacerse en sintonía con este principio» (Gutiérrez Camacho, 2005, p. 907).

Por su parte, Sosa señala que el principio interpretativo pro consumidor «implica que al escogerse las normas por aplicar, al interpretarse diversas normas o cláusulas, al valorarse y solicitarse pruebas, al interpretarse disposiciones restrictivas de derechos e intereses, al integrarse normas en caso de vacío, al resolverse en caso de duda, la interpretación y aplicación del Derecho siempre deberá favorecer a los consumidores y usuarios» (Sosa, 2011, p. 167).

Más adelante, en el artículo VI se hace mención a las políticas públicas que son de aplicación, entre ellas la protección de la salud y la seguridad a través de una normativa apropiada y actualizada; el derecho a la información; la orientación del Estado a defender los intereses de los consumidores contra las prácticas que afecten sus legítimos derechos; el reconocimiento a la vulnerabilidad de estos, en especial en el caso de niños, personas con discapacidad y aquellas que habitan en zonas rurales o de extrema pobreza; la formulación de programas de protección y capacitación; la existencia de mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos; la promoción del consumo libre y sostenible de productos y servicios y la calidad que estos deben detentar; y el acceso universal a productos de salud pública, con especial incidencia en las poblaciones menos favorecidas.

En cuanto a los derechos, el artículo 1 del capítulo I trata de los derechos de los consumidores, entre ellos, el derecho a una protección eficaz frente a productos o servicios que representan riesgo o peligro para la vida, salud e integridad física; derecho a acceder a una información oportuna suficiente y veraz; protección contra las cláusulas abusivas y métodos comerciales coercitivos; la protección mediante procedimientos eficaces y ágiles; el derecho de asociarse; y otros que se encuentran reconocidos en leyes especiales.

Es nula la renuncia de los derechos reconocidos en el Código, siendo nulo todo pacto en contrario.

2.7. Noción de consumidor y usuario

No vamos a encontrar en el texto constitucional una noción acabada de consumidor. Tenemos que acudir al Código de Defensa y Protección al Consumidor, pero también a la evolución que en esa materia han tenido las resoluciones del Indecopi y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La protección que otorga el Código se concreta cuando se está produciendo una relación de consumo o una etapa preliminar de esta en el territorio nacional o sus efectos se producen en este, según el artículo III del título preliminar. Así, pues, con independencia de que se concrete o no una relación de consumo, el consumidor se encuentra expuesto a ella, pues es una persona que interactúa en el mercado y en tal virtud merece una protección y tutela ampliadas.

El artículo IV.1 del Código define lo que debe entenderse por consumidores y usuarios, y señala que son «las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Por tanto, el consumidor que puede solicitar protección debe ser el consumidor final, el que adquiere, utiliza o disfruta un bien o servicio para fines personales o familiares. Los consumidores protegidos son los últimos en la cadena de consumo.

Son también personajes claves en esta relación los proveedores, quienes, según la definición del Código, son aquellas personas naturales o jurídicas que de manera habitual fabrican, envasan, suministran o prestan servicios a los consumidores. Otro punto a ponerse de relieve —que ha dado lugar a discusiones y polémicas— es cuál es el estándar del consumidor protegido y se ha producido en ello una evolución. Este es un punto clave para determinar hasta dónde llega la protección legal que tiene su cimiento en el artículo 65 de la Constitución. Para ello haremos una referencia a lo que se produjo a nivel administrativo sobre la base de la legislación ya derogada, el decreto legislativo 716 y su modificatoria, el decreto legislativo 1045.

Recordemos que el literal a del artículo limitaba la protección a aquellas «personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios». Esta definición fue cambiada por el decreto legislativo 1045, que definió a los consumidores o usuarios como «las personas naturales que, en adquisición, uso o disfrute de un bien o contratación de un servicio, actúen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y, excepcionalmente, a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio. La presente Ley protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias». La mención «a diligencia ordinaria» dio lugar a que se identificara con la definición de «consumidor razonable», definición que se impuso en los precedentes del Indecopi como estándar aplicable.

En opinión de sus defensores, el consumidor actúa razonablemente, porque:

[...] si el consumidor ordinario o medio se comporta como un idiota, es digno de protección así haya cometido idioteces. El proveedor tendrá entonces que encontrar mecanismos que protejan a los consumidores de su propia idiotez. La Ley no podría exigirle al consumidor que deje de comportarse como un idiota. Bajo tal regla, resulta claro que no habría incentivos para corregir la conducta del consumidor (Bullard, 2011, p. 187).

Este argumento continuaba señalando que «la defensa que se hace de usar un consumidor medio u ordinario se basa principalmente en la idea de que el estándar de consumidor razonable no es real [...]. El estándar debe ser realista y reflejar lo que el consumidor de carne y hueso es, y no lo que podría ser» (p. 187).

Según Bullard, ello es un falso dilema, pues es absurdo establecer un estándar en función de lo que las personas son, pues la idea del estándar es mejorar la conducta y no perpetuar conductas inadecuadas, y porque —salvo casos aislados— los consumidores no se comportan como idiotas. Opinar de otra manera incentiva la negligencia e incrementa los errores en el mercado. El motivo para usar el estándar de consumidor razonable no es reflejar la realidad, sino crear incentivos hacia una realidad deseada (p. 191). Las decisiones administrativas del Indecopi siguieron este criterio consistentemente y todavía es en ocasiones utilizado.

La Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi en los Lineamientos sobre Protección al Consumidor aprobados mediante Resolución 001-2001-LIN-CPC/INDECOPI, del 7 de junio de 2001, señaló que «para que el mercado funcione adecuadamente, es necesario que el consumidor actúe con diligencia ordinaria en sus decisiones de consumo, de acuerdo al principio de buena fe. De la misma manera como el derecho común solo protege la actuación responsable, el derecho de los

consumidores solo debe proteger a los consumidores que actúen con responsabilidad en sus decisiones de consumo».

Sin embargo, ese criterio fue cuestionado por algunos juristas y hasta se expresaron posiciones singulares en votos discordantes en la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi²¹². Ante ello, el Indecopi cambió el criterio del destinatario final por el de asimetría informativa, en la resolución 0422-2003/TDC-INDECOPI del 3 de octubre de 2003, declarada por la Sala de Defensa de la Competencia como precedente de observancia obligatoria. Así, precisó que también «se entienden como consumidores a las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios que: «son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo»²¹³.

También el Tribunal Constitucional cuestionó la aplicación irrestricta del estándar «consumidor razonable». En efecto, el Tribunal ha ido configurando la noción constitucional de consumidor, habiendo transitado desde una noción restringida a otra más amplia, acercándose a la de consumidor promedio, en conjunción a la protección que se exige a los poderes públicos respecto a los derechos fundamentales de la persona humana (Sosa, 2011, p. 144 ss.). El consumidor al que se protege constitucionalmente es el que existe, tal cual es, no a los que quisiera que fuera, menos con afán pedagógico (ver STC Exp. 3315-2004-AA, fs. 20-21).

Creemos que la definición de consumidor debe inspirarse en el principio de la buena fe, que conlleva que el derecho al consumo se ejercite como lo ejercitaría habitualmente un hombre corriente, un hombre promedio, lo que tradicionalmente se ha llamado un buen padre de familia. No se trata de buscar el patrón del hombre ideal (como debería ser), sino el patrón de un hombre corriente (como es) en el momento

²¹² En la resolución de la Sala de Defensa de la Competencia 0022-2001/TDC-INDECOPI, del 12.01.2001, el vocal Mario Pasco Cosmópolis emitió un voto discordante, cuya argumentación resumimos en este párrafo: «la frecuencia y reiteración de los reclamos por deficiencia del servicio, por un lado, y la amplitud de la zona gris que separa a quienes se considera consumidores finales y a quienes no, obliga a una revisión del concepto, para evitar que la norma quede vacía de contenido o relegada a casos de ínfima importancia y esporádica ocurrencia, arrastrando con ello a la inocuidad al Indecopi en la defensa del consumidor, que es una de sus misiones esenciales».

²¹³ En este giro jurisprudencial, la Sala de Defensa de la Competencia recurrió a la parte final del artículo 59 de la Constitución, que declara: «El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades». Por su parte, Espinoza Espinoza (2006b) señala que: «La nueva interpretación jurisprudencial administrativa del concepto de consumidor abre nuevas fronteras y va dar una tutela efectiva quienes se encuentren en una posición de asimetría informativa. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no a todo agente económico que se encuentre en esta situación se le va a considerar consumidor. [...] Si se ha dado el salto de tutelar también a los eslabones más débiles de la cadena, se debe tener en cuenta que ello obedece su situación de asimetría informativa y su particular posición en el mercado» (pp. 22-23).

histórico determinado (González Pérez, 1999, p. 32). Por cierto, en la vida real habrá consumidores que pueden ser calificados de razonables y otros hasta de especializados, pero también es cierto que hay muchos otros que caen fuera de estas calificaciones y que ingresan a lo que usualmente se denomina consumidor promedio.

La adopción absoluta, esto es, de aplicación obligatoria en todos los casos del parámetro o estándar del «consumidor razonable» es muy discutible. En nuestra opinión, el Código debería amparar un uso restringido, aunque no se pronuncia específicamente sobre este tema. Sin embargo, de sus definiciones y contenido general aparece una inclinación hacia una interpretación que no deja de lado —con base constitucional— la protección a un consumidor promedio. Ello no significa que se olvide que, en casos de conflicto, es necesario analizar la situación concreta en que se encuentran el consumidor y el usuario, de acuerdo a su experiencia y educación. En nuestro país, es necesario tener en cuenta a un alto número de ciudadanos que han recibido una reconocida baja educación, muchos de ellos recientemente procedentes del medio rural, enfrentados a una publicidad agobiante y a veces poco veraz²¹⁴. Si en el futuro no se flexibiliza la aplicación del estándar, el mandato constitucional del artículo 65 queda visiblemente recortado por la interpretación de una entidad administradora cuyos precedentes de observancia obligatoria tienen gran influencia en el mercado²¹⁵.

2.8. Derechos constitucionalmente reconocidos

2.8.1. Derecho a la información

En nuestro tiempo existe una gran cantidad de información en el mercado, pero ella no necesariamente ha fortalecido a los agentes económicos y a los consumidores o usuarios, pues no siempre es adecuada y transparente. A los primeros, por ejemplo, cuando la información financiera y tecnológica que requieren no es adecuada; a los segundos, en materia de precios o de peligrosidad. No hay, en verdad, mercados informativamente perfectos. La abundancia de bienes y servicios que satisfacen las mismas necesidades, la complejidad técnica de muchos productos y la contratación en masa han contribuido a ello. Afecta especialmente a los más pobres y menos educados,

²¹⁴ «Como se puede apreciar sin dificultad, más en un país como el nuestro —con una pésima educación promedio, amplias cuotas de analfabetismo y analfabetismo funcional, millones de personas en situación de pobreza y pobreza extrema— el consumidor promedio está muy lejos del estándar establecido de consumidor razonable» (Sosa, 2011, p. 150).

²¹⁵ Como señala Espinoza Espinoza (2006b): «Se advierte la necesidad de retornar a la versión original del concepto de “consumidor razonable”, de manera de utilizarlo como un estándar de razonabilidad para la determinación de la comisión de infracciones, y no como una “prueba de aptitud” para determinar a quiénes protege la ley y a quienes no, algo por demás inaceptable en un país como el nuestro con gran diversidad y alta incidencia de analfabetismo, desnutrición y bajo nivel educativo» (p. 26).

lo que les hace difícil una elección libre y acertada, pues son los que suelen haber llegado más recientemente al mercado (Gómez Segade, 1980, pp. 140-141).

De otro lado, la configuración actual de los mercados y diversas exigencias sociales presionan por una información más amplia y exacta. El andamiaje jurídico construido para proteger a los consumidores se vendría abajo si no existiera un deber de informar a los consumidores y un correlativo derecho de estos a exigir la información necesaria para sus opciones de consumo (p. 142).

Debemos tener presente que el reconocimiento y la regulación de los derechos fundamentales de los consumidores y usuarios —como la salud y la seguridad— necesitan de unos derechos instrumentales sin los cuales la protección y garantía de los mismos resultaría ilusoria. Uno de ellos es el derecho a la información. A mayor abundamiento, la reconocida situación de inferioridad de los consumidores y usuarios obliga al Estado y a los poderes públicos a promover 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 tiene un contenido amplísimo, pero en el artículo citado está constreñido al derecho, a la facultad 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 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. Sin embargo, están protegidos cuando las relaciones de consumo pactadas tienen efecto en nuestro territorio (art. III.2 del Código).

Una primera duda debe absolverse en esta materia es si 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.

Pero si la exigencia estatal a los agentes económicos fuera extrema, la información podría ser inútil, incomprensible o irrelevante, dando lugar a una saturación costosa económicamente, lo que muy probablemente no facilitará las transacciones en el mercado. Por el contrario, más bien las dificultará o exigirá burocráticamente

que se conozcan aspectos de mínima importancia. Por cierto, es probable y válido que el Estado —como lo exige el propio artículo 65— categorice los productos, servicios y reclamaciones vinculados a los servicios públicos que se ofrezcan en el mercado y exija que, en algunos de ellos, como los vinculados a la salud o la seguridad, la información ofrecida sea más detallada y minuciosa.

Lo que no puede perderse de vista es que resulta imposible que el consumidor o el usuario tenga acceso a toda la información que tiene un bien o servicio sobre sus componentes, insumos o características. Es más, muchos de los agentes tampoco la conocen en su totalidad. Entonces adquieren gran importancia dos factores que aquí se concatenan: la exigencia de una publicidad que no incumpla con los principios de veracidad y la educación de los consumidores y usuarios. Es distinta 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 sea relevante, que no sea evidente dada la naturaleza del producto o del servicio que es materia de la relación de consumo, y que además sea veraz, eficaz, suficiente, oportuna y de fácil comprensión sobre las características esenciales de cada bien o servicio, y además brindada en idioma castellano (art. 2.2 del Código).

Objeto y carácter de la información

Dentro del objeto de la información, no cabe duda de que los precios constituyen un elemento de gran importancia, pero no suministran por sí mismos toda la información necesaria para una buena opción, por lo que se requiere de información complementaria, por ejemplo, sobre las características y propiedades del bien concreto materia de la transacción, lo que asume mayor relevancia en algunos productos por la presencia de riesgos, tal es el caso de los productos alimenticios o farmacéuticos²¹⁶. Así, además del precio, debe abarcar el empleo y la forma de utilización de determinados productos. El tema de la información a los consumidores y usuarios está contemplado en los artículos 2 a 17 del Código.

Pero la información debe extenderse a las condiciones en que se realiza la adquisición y utilización de productos y servicios; por ejemplo, las condiciones contractuales, variadísimas, que pueden incluir materias tales como seguros, transporte, crédito,

²¹⁶ Después de un largo debate, por ley 30021, Ley de Promoción de la Alimentación Saludable y su Reglamento, aprobado por el decreto supremo 017-2017-SA, se ha ordenado el uso de figuras de octógonos con advertencias informativas, cuando el producto exceda a determinados porcentajes de sodio, azúcar, grasas, etc. con el objeto de hacer saber cuál es su contenido y salvaguardar la salud de los consumidores.

tributos, cargos, garantías, etc. Adquiere entonces gran importancia que se oriente al consumidor sobre sus derechos y obligaciones, sobre los instrumentos jurídicos a utilizar para, por ejemplo, solicitar una indemnización con el objeto de reparar daños causados. Tiene ello directamente que ver con el derecho a la educación de consumidores y usuarios, tal como está señalado en algunas constituciones²¹⁷, pero no expresamente en la nuestra.

De otro lado, para que la información cumpla con su cometido debe reunir algunas condiciones básicas (Gómez Segade, 1980, p. 149), tales como que sea útil, utilizable y pertinente; 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 promedio, que no se ofrezca en términos técnicos o jurídicos de difícil comprensión; y, finalmente, que se ofrezca en el momento y lugar oportunos, lo que puede ser en el proceso anterior a la decisión de consumo (*ex ante*) como también después (*ex post*) de contratado el producto o el servicio.

Sujetos obligados a informar

Visto lo anterior, adquiere singular importancia saber quiénes son los obligados a brindar esa información a los consumidores y usuarios, y cuál debe ser su contenido. Son los proveedores (artículo IV.2 del Código), esto es, las empresas y los empresarios (industriales y comerciantes, empresas estatales o privadas), quienes están obligados prioritariamente a suministrar información a los consumidores y usuarios, y, por cierto, también los concesionarios de servicios públicos.

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.

Modalidades y cauces

La información se lleva a cabo, fundamentalmente, mediante tres mecanismos: la publicidad, las leyendas informativas sobre las mercaderías (también conocida como rotulado) y los contratos (p. 150). Estos tres mecanismos tienen una normatividad específica, que no es del caso tratar aquí en extenso, pero sí hacer una breve referencia a ellas.

²¹⁷ Por ejemplo, en el artículo 51.2 de la Constitución española de 1978.

La publicidad, como es bien sabido, tiene por objeto convencer a quien la recibe de la necesidad de adquirir un producto o contratar un servicio, y de estimular esa posible transacción poniendo de manifiesto las bondades del producto o servicio. Cumple, pues, una misión tanto en el ámbito de lo psicológico o afectivo como en el proceso racional de decisión. Sin embargo, es preciso poner de relieve que su contenido informativo es menor en comparación con su carga sugestiva, siendo el primero de carácter indirecto.

Uno de los aspectos de mayor importancia a tomar en cuenta es la creciente dificultad de su control, debido a su cada vez mayor expansión a través de internet, así como su carencia de límites en lo que se refiere a los productos y servicios sujetos a publicidad. En la vida cotidiana tiene gran importancia la publicidad que se realiza a través de los canales de televisión de señal abierta, pues más allá de su promocionado e inexistente autocontrol, incumplen reiteradamente los límites de tiempos máximos, y permiten publicidad inductiva vinculada al tabaco, productos alcohólicos y pornografía. En el Perú no tenemos un organismo público dedicado a orientar a los consumidores sobre el contenido de la publicidad, aunque las quejas y reclamos pueden presentarse ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Otros vehículos informativos son los rotulados, es decir, los datos consignados en las mercaderías o en sus envases, así como las marcas o los signos distintivos. Estas últimas cumplen una función informativa mínima, pues su principal misión es distinguir e individualizar los productos y servicios en el mercado, debiendo por ello tener fuerza distintiva, cuya regulación cae bajo las normas de propiedad industrial (decisiones 486 y 689 y decreto legislativo 1075). Las leyendas en los envases y las notas pueden tener gran importancia en algunos productos o servicios. Los datos que ahí aparezcan pueden ser muy variados: composición, uso o condicionantes jurídicas y, cuando se trata de determinados productos que pueden ser, por ejemplo, dañinos o peligrosos para la salud, la información es insustituible y debe ser de gran veracidad y rigor técnico.

En un precedente de observancia obligatoria dictado por el Indecopi cuando estaba vigente el decreto legislativo 716, anterior norma de protección a los consumidores, y que consideramos es aún una referencia administrativa válida, se señaló que «el rotulado de productos [...] está constituido por toda información sobre un producto, que se imprime o adhiere a su envase, incluyendo los insertos, y que se encuentra expresada en términos neutros o meramente descriptivos, sin valoraciones o apreciaciones sobre las características o beneficios que la situación informada aporte al producto, es decir, sin la finalidad de promover, de manera directa o indirecta, la contratación del producto».

El Tribunal Constitucional peruano en el fundamento 41 de la sentencia pronunciada el 26 de enero de 2007, en la STC Exp. 1776-2004-AA/TC, caso Víctor Augusto Morales Medina, declaró que:

Toda información deberá respetar aquellos elementos mínimos indispensables para que el derecho sea reconocible como tal y para que el usuario pueda realizar una decisión de consumo adecuada. Al proteger el Estado el interés de los usuarios como consecuencia de sus relaciones asimétricas con los proveedores (sentencia recaída en el Expediente 018-2003-AI/TC), debe promover la información y la educación respecto de aquellos, y llevar a cabo una serie de conductas y actos que garanticen o amparen un status para los ciudadanos que corresponda con el de un Estado social y democrático de derecho.

El artículo 10 del Código dispone que los productos envasados deben tener, de manera visible y legible, la información que determina la ley, en especial los productos vinculados a la alimentación y salud. Esta información incluye ingredientes y componentes, es decir, debe reflejar su verdadera naturaleza sin generar confusión o engaño²¹⁸. El artículo 32 del Código agrega que los etiquetados de alimentos supletoriamente se rigen por el *Codex Alimentarius*. Adicionalmente, el reglamento sobre Vigilancia y Control Sanitario de Alimentos y Bebidas aprobado por decreto supremo 7-98-SA establece la información mínima a consignar en los envases²¹⁹.

2.9. Derecho a la salud y a la seguridad

En el capítulo II («De los derechos sociales y económicos») del título I («De la persona y de la sociedad») de nuestra constitución, el artículo 7 dispone que: «Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad,

²¹⁸ A modo de ejemplo, en un caso reciente de gran notoriedad vinculado a la comercialización de un producto alimenticio, la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, en su resolución 2063-2017, consideró que: «el hecho de haber consignado leche evaporada parcialmente descremada, pese a que contenía elementos no lácteos; y, haber omitido consignar en su denominación que el producto era una mezcla de leche evaporada desnatada y grasa vegetal, originan que la denominación junto con sus componentes no reflejaría la verdadera naturaleza del producto denunciado».

²¹⁹ La resolución 2063-2017 emitida por la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, en el caso de un conocido producto alimenticio, determinó la jerarquía o preminencia en un caso de conflicto entre dos normativas. La empresa denunciada, defendiendo el contenido de su rotulado, alegó que este se había adecuado al registro sanitario emitido por la Dirección General de Salud Ambiental e Inocuidad Alimentaria (DIGESA) por lo que no podía consignar una denominación distinta. La Comisión, sin embargo, consideró que ese no era un argumento válido porque no se adecuaba al informe emitido por DIGESA ni a lo señalado por el *Codex Alimentarius*, y que se había aprovechado del procedimiento de aprobación automática, vulnerándose el principio de buena fe procedimental, porque había interpretado el informe de manera tergiversada y fraudulenta, actuando de mala fe.

así como el deber de contribuir a su promoción y defensa». El Estado 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). Más adelante, 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), no pudiendo 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 y 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.

Queremos aquí poner de relieve las conexiones entre las mencionadas disposiciones constitucionales y la protección jurídica de los consumidores y usuarios. La protección a estos últimos está ordenada sobre la base de establecer obligaciones a los productores de bienes y oferentes de servicios —más que la delimitación y organización de derechos efectivos (Muñoz Machado & Jiménez-Blanco, 1984)— y la creación de mecanismos para que la Administración logre un efectivo cumplimiento de tales obligaciones.

También hay que señalar que la atención legislativa está diseñada para bienes o servicios que están en el mercado y que son objeto de tráfico mercantil, más que a derechos respecto a la intimidad o la dignidad humana, al secreto médico, al nivel profesional de las personas que atienden los servicios médicos, etcétera, todo lo cual está regulado por normas que aunque se encuentran fuera del ámbito de lo que aquí estamos tratando, no por ello son menos importantes.

Lo anterior también se aplica al derecho de los consumidores y usuarios a proteger su seguridad. El Código trata los temas de la salud y la seguridad en sus artículos 25 a 44. El artículo 25 dice: «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».

La protección de la salud y de la seguridad no son absolutas; existe un matiz muy importante que concierne a que el derecho a la protección se concreta en «condiciones normales o previsibles», por lo que hay un cierto grado de riesgo aceptado. Esto reconoce implícitamente que puede haber productos o servicios que pongan en peligro la salud y la seguridad. Estos últimos, obviamente, no se pueden enviar al mercado u ofrecerse para su consumo aunque no haya una norma que lo prohíba específicamente, pues ello significaría un grave incumplimiento al deber general de no lesionar ni poner en riesgo la salud y la seguridad de los consumidores y usuarios, con independencia de que la conducta perturbadora concreta haya sido expresamente prohibida (Botana & Ruiz Muñoz, 1999, p. 561), todo ello en cumplimiento del mandato del artículo 7 de la Carta Fundamental.

La admisión de ciertos riesgos en materia de salud o de seguridad obliga a informar de esa situación a los consumidores y usuarios con el fin de reducir el peligro. Este deber de informar no es otra cosa que una manifestación del deber de no poner en peligro la salud y la seguridad, y suele manifestarse concretamente en la publicidad, etiquetado y presentación de productos, lo que ha sido específicamente contemplado en los artículos 26 a 29 del Código. Es preciso tener presente que la salud —que no es lo mismo que 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» (Botana & Ruiz Muñoz, 1999, p. 561).

En síntesis, la protección de los derechos a la salud y la seguridad, a pesar de su amplio contenido, se muestra o se percibe con mayor relevancia en los actos de consumo que se realizan en el mercado mediante la contratación masiva de bienes y servicios, lo que ha obligado a la existencia de una serie de controles. Sin embargo, por más exigentes que sean estos, si bien reducen los riesgos, no pueden garantizar su no ocurrencia, y por tal motivo la ley prevé que en caso se produzca un defecto o se originen riesgos no previstos en el producto adquirido, el proveedor debe reparar, eliminar o reducir el peligro de inmediato (art. 28 del Código).

2.10. Derechos reconocidos solo legislativamente

Como es lógico, el Código contiene un conjunto muy variado de disposiciones y derechos, así como de obligaciones de los proveedores que no es posible aquí repetir, pero sí recordar algunos temas de especial interés:

1. El concepto de idoneidad es de singular importancia para conocer el ámbito de protección, y el Código entiende que es la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, idoneidad que debe ser evaluada en función a la propia naturaleza del producto y servicio y a su actitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesta en el mercado (art. 18 del Código). Es el proveedor el que responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios en relación con las garantías que se ofrecen.

La autoridad administrativa ha determinado que la idoneidad del bien o del servicio debe ser analizada en abstracto, esto es, considerando lo que normalmente esperaríamos un consumidor con diligencia ordinaria, salvo que se desprendiera algo distinto de los términos contractuales acordados entre las partes. Además, si el proveedor ofrece una garantía respecto a la idoneidad de los bienes o servicios que ofrece en el mercado, es el consumidor el que debe probar la existencia del defecto para acreditar la infracción, y será el proveedor el que debe probar, para ser eximido de responsabilidad, que dicho defecto

no le es imputable; esto es, la acreditación del defecto origina la presunción de responsabilidad (resolución 2063-2017/CC2).

2. Es también importante resaltar la prohibición de discriminar a los consumidores por origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, razón por la cual está prohibida la exclusión de personas sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes. Por tanto, el trato diferente debe obedecer a causas objetivas y razonables, tal como lo señala el artículo 38 del Código.
3. Desde el punto de vista contractual, el artículo 48 del Código señala los requisitos de las cláusulas que contiene un contrato por adhesión y el artículo 49 define cuáles son las cláusulas abusivas: en general, aquellas en contra de las exigencias de la buena fe que coloquen al consumidor en una situación de desventaja. El Código dispone en su artículo 50 cuáles son las cláusulas abusivas de ineficiencia absoluta, por ejemplo las que excluyen o limitan la responsabilidad del proveedor por dolo o culpa; y en el artículo 51 las cláusulas abusivas de ineficacia relativa, que son, por ejemplo, las que imponen obstáculos onerosos o desproporcionados en ejercicio de los derechos del consumidor.

En una reciente resolución del Tribunal del Indecopi (decreto supremo 0243-2018/SPC), que recayó sobre un muy publicitado caso sobre la controversia referente a la restricción al acceso en las salas de cine de productos alimenticios que no hubieran sido adquiridos en el establecimiento, señaló que las normas sobre cláusulas abusivas no tienen por objeto la regulación de precios, porque constitucionalmente los privados tienen la libertad de fijar los precios de los productos o servicios que ofrecen, en virtud de lo cual esas cláusulas abusivas deben analizarse en «términos jurídicos relacionados con los derechos y obligaciones asumidos por las partes, esto es, las posiciones que cada una de ellas asume en la relación contractual entablada: los desequilibrios en las prestaciones contractuales asumidas por las partes».

En la citada resolución el Tribunal Administrativo determinó cuáles eran los requisitos para determinar cuándo se está frente a una cláusula abusiva. Dijo:

1. Que no haya existido una negociación entre el consumidor y el proveedor respecto del contenido de la cláusula materia de cuestionamiento. Si el proveedor acredita la existencia de negociación, la denuncia debe declararse infundada; y,
2. Que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes en perjuicio del consumidor.

Afirmó también que los requisitos señalados se pueden aplicar únicamente a las cláusulas abusivas de ineficacia relativa (reguladas en el artículo 51), pues las de ineficacia absoluta recogidas en el artículo 50 son abusivas *per se*, sin que sea necesario un análisis de vejatoriedad posterior. En el caso al que nos venimos refiriendo, el Tribunal del Indecopi consideró que «la restricción consistente en la prohibición de ingresar a las salas de cine con productos alimenticios adquiridos fuera del establecimiento comercial de la denunciada, constituye una cláusula abusiva de ineficacia absoluta que se encuentra establecida en el inciso e) del artículo 50 del Código. Ello, en tanto limita los derechos de los consumidores, en específico, en el presente caso, el derecho a elegir libremente entre productos y servicios idóneos y de calidad, contenido en el artículo 1º.1 inciso f) del Código».

En síntesis, el Tribunal afirmó que la infracción era grave, pues se trataba de una «cláusula abusiva que va en contra de las exigencias de la buena fe, restringiendo el derecho de los consumidores de poder adquirir los productos que mejor le parezcan en el lugar que determine libremente».

4. Otro punto a mencionar por su importancia es la protección del consumidor cuando se trata de productos o servicios específicos como los que regulan los servicios públicos, los productos o servicios de salud, los educativos y los financieros (artículos 63 y siguientes del Código).
5. Como es usual en este tipo de normas, el Código promueve el rol que deben cumplir las asociaciones de consumidores, cuya finalidad es proteger, defender, informar y representar a los consumidores y usuarios y que están tratadas en los artículos 153 y siguientes del Código.
6. También hay que recordar que, en sus artículos 97 y siguientes, el Código contiene un conjunto de disposiciones sobre la responsabilidad del proveedor y los derechos del consumidor, lo que incluye la responsabilidad civil por productos defectuosos, la responsabilidad administrativa del proveedor y otras menciones vinculadas a ese objeto.
7. Las políticas públicas 6 y 7 garantizan mecanismos eficaces para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores, regulan los reclamos de estos últimos y promueven la participación ciudadana y la organización de los consumidores en la protección y defensa de sus derechos. A ello se suman los artículos 97 y siguientes, que reconocen que el consumidor tiene derecho a accionar, esto es, a ser escuchado de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses, empleando los métodos que el ordenamiento jurídico lo permite.

Tienen, por ejemplo, derecho a la reparación o reposición del producto o a una nueva ejecución del servicio, así como la indemnización por los daños extendiendo la responsabilidad a todos los que han intervenido en el suministro del producto defectuoso, no exigiéndose ya relación contractual entre la víctima y el obligado a indemnizar, incorporando la solidaridad entre todos los proveedores. Finalmente, como ya hemos dicho, el artículo V.2 del Código incorpora el principio pro consumidor, lo que significa que la protección al consumidor debe ser interpretada siempre en el sentido que más le favorezca.

2.11. Relación con otras disposiciones

Cabe señalar que las disposiciones vinculadas a la protección de los consumidores y usuarios tienen también una conexión importante con los decretos legislativos 807 y 1033, sobre la organización y funciones del Indecopi; con la ley 27444, de Procedimiento Administrativo General; con las que regulan la competencia económica, decretos legislativos 1034 y 1396; con las referentes a la competencia desleal y publicidad decreto legislativo 1044; y con aquellas vinculadas a los institutos de la propiedad industrial establecidos en las decisiones 486 y 689 y el decreto legislativo 823, a todas las cuales hemos hecho referencia en diversos capítulos.

3. EL DERECHO AL AMBIENTE

3.1. Introducción

Si bien el hombre ha estado siempre en contacto con la naturaleza, fenómenos relativamente recientes como la industrialización, el uso intensivo de recursos naturales, el cambio tecnológico, el crecimiento de la población y el tamaño de las ciudades han llevado a tratar el tema ambiental con especial cuidado durante las últimas décadas, más aún cuando se ha producido un grave deterioro que afecta la sostenibilidad humana en el planeta.

El derecho ambiental es una rama jurídica reciente preocupada en estudiar las actividades humanas que tienen relación con el ambiente, con el propósito de minimizar su influencia negativa y fomentar actividades reparadoras del daño ambiental (Wieland, 2017, p. 18 ss.). Su contenido se adapta permanentemente a los avances científicos. Su interés se concentra en el ambiente natural, que incluye por ejemplo el aire y el agua; el ambiente construido por el hombre; y el ambiente social, que comprende los sistemas políticos y culturales. Persigue restringir o prohibir conductas dañinas y establecer derechos y obligaciones relacionados con los componentes del ambiente, así como establecer y asignar competencias a las autoridades encargadas de esas tareas. En otras palabras, su preocupación está dirigida, de un lado, a la protección del ambiente y,

de otro, a su conservación y aprovechamiento sostenible. Son características del derecho ambiental, dice Wieland, su énfasis preventivo, su carácter multidisciplinario o transversal, su condición predominantemente pública y su vocación universalista.

Los principios que facilitan la toma de decisiones en esta área, continúa Wieland (2017), son, entre otros, los de sostenibilidad, cooperación internacional, responsabilidades comunes pero diferenciadas, prevención, internacionalización de costos, responsabilidad y gobernanza ambiental.

3.2. Declaraciones internacionales y la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático

El impacto de la degradación ecológica a nivel global como consecuencia de los gases de efecto invernadero, que se manifiesta en el cambio de las condiciones climáticas que eran consideradas regulares o permanentes en diferentes regiones del mundo, amenaza el equilibrio ecológico del planeta²²⁰. Así, ha sido advertido por numerosos miembros de la comunidad científica mundial²²¹ y hasta por un líder religioso como el papa Francisco.

Pero hoy no podemos dejar de reconocer que un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social, que debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente, para escuchar tanto el clamor de la tierra como el clamor de los pobres.

[...]

Hoy creyentes y no creyentes estamos de acuerdo en que la tierra es esencialmente una herencia común, cuyos frutos deban beneficiar a todos. Para los creyentes, esto se convierte en una cuestión de fidelidad al Creador, porque Dios creó el mundo para todos. Por consiguiente, todo planteo ecológico debe incorporar una perspectiva social que tenga en cuenta los derechos fundamentales de los más postergados.

Laudato Si
Francisco

²²⁰ Por «efecto invernadero» se conoce el fenómeno en virtud del cual determinados gases de la atmósfera retienen energía que el suelo emite como consecuencia del calentamiento por la radiación solar, lo que evita que la energía solar vuelva al espacio, produciéndose entonces un efecto similar al de un invernadero.

²²¹ Así, el astrofísico Stephen Hawking afirmó que «Al negar la evidencia del cambio climático y retirarse del Acuerdo de París (el Presidente de EE.UU.), Donald Trump causará un daño ambiental evitable a nuestro hermoso planeta, poniendo en peligro a la naturaleza, para nosotros y nuestros hijos». 4 advertencias de Stephen Hawking sobre los peligros que amenazan a la humanidad. En *BBC News Mundo*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43415617>.

Los problemas ambientales tienen su origen en los procesos de industrialización llevados adelante principalmente por los llamados países desarrollados —en la actualidad por China, Estados Unidos, la Unión Europea y la India—, todo lo cual ha acrecentado la variabilidad natural del clima. Durante las últimas décadas, esta gravísima situación ha impulsado a que los organismos intergubernamentales emitan resoluciones y recomendaciones que si bien no tienen carácter vinculante permiten proyectar principios y criterios que fomentan la adopción de medidas concretas al interior de los países. Son ejemplo de ello la Declaración de Estocolmo de 1972 y la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, pero la más importante es la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático de 2016, suscrita por muchos países que incluyen al Perú, y cuyo propósito es la estabilización de las concentraciones en la atmósfera a un nivel que impida que empeoren. La Convención se basa en «el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, que establece que todos los países comparten la responsabilidad de luchar contra el cambio climático, pero esa responsabilidad es diferenciada según la mayor o menor contribución a dicha problemática y teniendo en cuenta las capacidades de cada uno». En ese instrumento internacional se acordó «mantener y promover la cooperación regional e internacional con el fin de movilizar una acción más vigorosa y ambiciosa para hacer frente al clima, por todas las Partes y por los interesados que no son Partes, incluidos la sociedad civil, el sector privado, las instituciones financieras, las ciudades y otras autoridades subnacionales, las comunidades locales y los pueblos indígenas».

Desgraciadamente, países principalmente responsables de la creación del efecto invernadero como los Estados Unidos y la China han anunciado su retiro de la Convención, lo que ha sido muy criticado por la comunidad internacional.

Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (Principio 1).

El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras (Principio 3).

A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada (Principio 4).

Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas (Principio 8).

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente (Principio 15).

Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo. Es, por tanto, imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible (Principio 20).

Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible (Principio 22).

La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables (Principio 25).

*Declaración de Río de 1992 de la Conferencia de las Naciones Unidas
sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*

El Perú es también signatario del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador, cuyo artículo 11 declara:

Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano

Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.

Los Estados Parte promocionaran la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

3.3. Constitución y ambiente

Resulta natural que un tema de esta trascendencia haya dado lugar a que, en la inmensa mayoría de países, además de los tratados y convenios internacionales que rigen la materia y de los que son parte, se hayan dictado normas nacionales específicas y, además, se hayan incorporado en sus respectivas constituciones disposiciones en las que se reconoce el derecho a gozar de un ambiente sano. A continuación, el texto de los siguientes artículos de la constitución vigente referidos al tema:

Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

Artículo 67. El Estado determina la política nacional de ambiente. Promueve el uso sostenible de sus recursos naturales.

Artículo 68. El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas.

Artículo 69. El Estado promueve el desarrollo sostenible de la Amazonia con una legislación adecuada.

En nuestro derecho ambiental, se ha aprobado la ley 30574, Ley Marco sobre el Cambio Climático, que en su artículo 1 declara que su objeto es establecer los principios, enfoques y disposiciones generales para coordinar, articular, diseñar, ejecutar, reportar, monitorear, evaluar y difundir las políticas públicas para la gestión integral, participativa y transparente de las medidas de adaptación y mitigación al cambio climático, a fin de reducir la vulnerabilidad del país frente al cambio climático, aprovechar las oportunidades del crecimiento bajo en carbono y cumplir con los compromisos internacionales asumidos por el Estado ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, con enfoque intergeneracional²²².

3.4. El principio del desarrollo sostenible

Como marco conceptual del constitucionalismo ambiental, debemos referirnos al principio del desarrollo sostenible, que se basa en el enfoque de equidad intergeneracional. Así, asume un modelo de crecimiento económico que procura satisfacer las necesidades de la presente generación, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. El imperativo debe ser mantener el tamaño de la economía global dentro de los límites de la capacidad del ecosistema (Goodland, 1997, pp. 19-22).

En América Latina, la primera Constitución que estableció como deber del Estado la conservación del medio ambiente fue la Constitución panameña de 1972, en su artículo 110, hoy reformado: «Es deber fundamental del Estado velar por las condiciones ecológicas, previniendo la contaminación del ambiente y el desequilibrio de los ecosistemas, en armonía con el desarrollo económico y social».

²²² En el Perú, los principales efectos climáticos del aumento de la temperatura global están asociados a: (i) el retroceso glaciar; (ii) el aumento de la frecuencia e intensidad del Fenómeno del Niño; y (iii) la elevación del nivel del mar (cfr. Vargas, 2009).

Siguiendo esa dirección, la Constitución guatemalteca de 1985 fue la primera en asumir explícitamente el principio del desarrollo sostenible, en su artículo 225. Este dispuso que corresponde al poder público y a la comunidad «el deber de proteger el medio ambiente» y «preservarlo para las generaciones presentes y futuras».

Debe destacarse la Constitución colombiana de 1991, que en su artículo 58 conecta la idea weimariana de que la propiedad obliga con la función social de la propiedad con la protección del ambiente: «como tal, le es inherente una función ecológica».

En el Perú, la primera Constitución en declarar como fin social del Estado la protección del medio ambiente fue la de 1979, en el segundo párrafo de su artículo 123: «Es obligación del Estado prevenir y controlar la contaminación ambiental».

La Constitución peruana de 1993 es la primera en asumir explícitamente, en el artículo 67, el principio del desarrollo sostenible de los recursos naturales. Asimismo, establece como deber del Estado promover el desarrollo sostenible de la Amazonia, en el artículo 69.

En el ámbito judicial deben destacarse los Principios de Johannesburgo sobre el desarrollo sostenible y la función del derecho, adoptado por el Simposio Mundial de Jueces celebrado en Johannesburgo, Sudáfrica, del 18 al 20 de agosto de 2002²²³.

El medio ambiente (no los ecosistemas, como dice la fracción I del artículo 15 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente de México) es, desde el punto de vista jurídico, un bien, aunque compuesto por una universalidad de cosas (*universitas juris*). En consecuencia, es susceptible de pertenencia y de protección jurídica.

Este bien, independientemente de la propiedad singular que pueda constituirse sobre alguna de las cosas que lo componen, es un bien colectivo (no *res nullius*, sino *res communes omnium*), que pertenece a todos, de donde deriva el derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado y el reconocimiento del derecho de cualquiera para reclamar su tutela judicial, pues quien actúa como miembro del *populus* lo hace en el interés propio y en el interés de los demás (como lo enseñaban los juristas romanos) y,

Se trata de un bien que está fuera del comercio humano y que debe conservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

El derecho para el desarrollo sostenible en la América Latina de nuestros días
Raúl Brañes Ballesteros

²²³ Así, declara que: «Hacemos hincapié en que el frágil estado del medio ambiente mundial requiere que el poder judicial, en calidad de custodio de la ley, ejecute y aplique coercitivamente con decisión y sin temor las leyes internacionales y nacionales pertinentes que en la esfera del medio ambiente y el desarrollo sostenible, contribuyan, y aseguren que la generación presente goce de calidad de vida y la mejore para todas las personas, asegurando al mismo tiempo que no se comprometen los derechos y los intereses inherentes de las generaciones futuras».

Así, en la determinación de los linderos que definen la función pública de tutela del ambiente se conexionan tres conceptos: calidad de la vida, medio ambiente y utilización sostenible de los recursos naturales (Delgado Piqueras, 1993, p. 61). Como señala Pizarro, la referencia del artículo 67 de la Constitución peruana de 1993 al uso sostenible de los recursos naturales conduce directamente al principio de desarrollo sostenible como fin esencial del Estado (Pizarro Nevado, 2004, p. 348).

En ese sentido, es relevante la creación en el Perú del Ministerio del Ambiente, por decreto legislativo 1013, 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» (párrafo 3.1 del artículo 3 del decreto legislativo 1013). En esa dirección, el artículo 8 de la Ley General del Ambiente, ley 28611, declara sobre las políticas públicas del ambiente que:

1. La Política Nacional del Ambiente constituye el conjunto de lineamientos, objetivos, estrategias, metas, programas e instrumentos de carácter público, que tiene como propósito definir y orientar el accionar de las entidades del gobierno nacional, regional y local, y del sector privado y la sociedad civil, en materia ambiental.
2. Las políticas y normas ambientales de carácter nacional, sectorial, regional y local se diseñan y aplican de conformidad con lo establecido en la Política Nacional del Ambiente y deben guardar concordancia entre sí.
3. La Política Nacional del Ambiente es parte integrante del proceso estratégico de desarrollo del país. Es aprobada por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros. Es de obligatorio cumplimiento.

Así, emerge el «Estado ambiental», definido como una forma de Estado que se propone aplicar el principio de solidaridad económica y social para alcanzar un desarrollo sostenible, orientado a procurar la igualdad sustancial entre los ciudadanos mediante el control jurídico del uso racional del patrimonio ecológico (Ruiz-Rico, 2000, p. 71).

El desarrollo sostenible debe ser concebido como un principio general del derecho en el marco jurídico fundamental del Estado social (cfr. Piñar Mañas, 2003). Este principio procura articular el crecimiento económico con el respeto del ambiente, de forma que pueda generalizarse para todos los seres humanos el incremento de la calidad de vida y que ello sea posible para las generaciones futuras (Ortega Álvarez, 2002, p. 1638). Así, el desarrollo sostenible es un principio que complementa la economía social de mercado: «[...] busca equilibrar el esquema de la economía social de mercado con el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y adecuado» (STC Exp. 3343-2007-PA/TC, caso Cordillera Escalera, fundamento 14).

Es importante destacar que la jurisprudencia debe resolver la dialéctica entre crecimiento económico y medio ambiente. Así, el Tribunal Constitucional español en la sentencia 64/1982, de 4 de noviembre, en su fundamento jurídico 8, sostuvo que:

Lo que puede plantearse en casos concretos es el conflicto entre dos intereses cuya compaginación se propugna a lo largo de esta sentencia: la protección del medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero. Ello supone ponderar en cada caso la importancia para la economía nacional de la explotación minera de que se trate y del daño que pueda producir al medio ambiente, y se requiere también entender que la restauración exigida podrá no ser siempre total y completa, sino que ha de interpretarse con criterio flexible (cit. por Delgado Piqueras, 1993, p. 63).

En el fundamento 18 de la STC Exp. 0048-2004-PI/TC, caso de Ley de la Regalía Minera, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el vínculo entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida se materializa en función de los principios de desarrollo sostenible, prevención, restauración, mejora, precautorio y de compensación:

[...] a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable [...] b) el principio de conservación, en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; c) el principio de prevención, que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar su existencia; d) el principio de restauración, referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados; e) el principio de mejora, en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano;²²⁴ que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente; y g) el principio de compensación, que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables.

²²⁴ La STC Exp. 03343-2007-PA, distingue entre principio de prevención y principio precautorio en el fundamento 20, citando a Jiménez de Parga y Patricia Maseda: «la prevención se basa en dos ideas-fuerza: el riesgo de daño ambiental podemos conocerlo anticipadamente y podemos adoptar medidas para neutralizarlo. Por el contrario, la precaución en su formulación más radical, se basa en las siguientes ideas: el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no podemos materialmente conocer los efectos a medio y largo plazo de una acción. La posibilidad de anticipación es limitada e imperfecta al estar basada en nuestro grado o estadio de conocimientos científicos, los cuales son limitados e imperfectos». En la legislación nacional es definido en literal k) del artículo 5 de la Ley del Sistema de Gestión Ambiental, ley 28245, en los siguientes términos: «cuando haya indicios razonables de peligro de daño grave e irreversible al ambiente o, a través de este, a la salud, la ausencia de certeza científica no debe utilizarse como razón para no adoptar o postergar la ejecución de medidas eficaces y eficientes destinadas a evitar o reducir dicho peligro».

3.5. Límites conceptuales del ambiente

Una cuestión que debe dilucidarse son los límites conceptuales del ambiente. Las posiciones han oscilado entre los que defienden que el ambiente incluye el medio natural, el cultural, el entorno en general —incluyendo la protección urbanística y de los bienes históricos y artísticos—, y las posiciones restrictivas, que limitan el concepto a los recursos naturales (Bermejo Vera, 1994, p. 580).

En la doctrina española, destacó en la tesis restrictiva Martín Mateo, quien afirmó que el ambiente está integrado solo por aquellos elementos naturales de titularidad común y caracteres dinámicos: el agua y el aire, excluyendo el suelo, como factores esenciales para la vida en el planeta (Martín Mateo, 1991, p. 86).

Sin embargo, la tesis amplia es sostenida, entre otros, por Parejo Alfonso, Jiménez Blanco y Ortega Álvarez, quienes descartan una noción reduccionista o acotada que solo comprenda los recursos naturales, y asumen que el ambiente abarca «cualquier elemento del contexto en que se desenvuelve la acción humana» (Parejo Alfonso, Jiménez Blanco & Ortega Álvarez, 2012, p. 131).

Es interesante resaltar el carácter dinámico, relativo y antropocéntrico del concepto medio ambiente, tal como lo precisó el Tribunal Constitucional español en la sentencia 102/1995, de 26 de junio, que afirmó en su fundamento jurídico 4: «esencialmente antropocéntrico y relativo. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica de medio ambiente fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta perteneciente al hoy y operante».

Algunos han señalado que una lectura literal del artículo 67 de la Norma Suprema podría llevar a considerar que el concepto de medio ambiente estaría relacionado exclusivamente con los recursos naturales, lo que descarta una noción extensiva. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, correctamente, ha descartado esa interpretación en el fundamento 6 de la STC Exp. 0018-2001-AI/TC, caso Colegio de Abogados del Santa, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ordenanza Municipal 016-2001-MSP, emitida por la Municipalidad Provincial del Santa-Chimbote, que asume una definición amplia al declarar que:

El ambiente se entiende como un sistema; es decir como un conjunto de elementos que interactúan entre sí. Por ende, implica el compendio de elementos naturales —vivos o inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen en la vida material y psicológica de los seres humanos. Por dicha razón, es objeto de protección jurídica y forma parte del bagaje de la tutela de los derechos humanos. El ambiente es concebido como el medio en el cual se encuentran contenidos todos los factores que hacen posible la existencia humana y la de los demás seres vivos. Por consiguiente, alude a todas las

condiciones e influencias del mundo exterior que rodean a los seres vivos y que permiten —de una manera directa o indirecta— su sana existencia y coexistencia.

En la sentencia del caso de la Ley de la Regalía Minera, el supremo intérprete de la Constitución asumió, una vez más, una definición amplia de medio ambiente, en el fundamento jurídico 17:

Desde la perspectiva, constitucional, y a efectos de su protección, se hace referencia, de modo general, al medio ambiente como el lugar donde el hombre y los seres vivos se desenvuelven. En dicha definición se incluye «[...] tanto el entorno globalmente considerado —espacios naturales y recursos que forman parte de la naturaleza: aire, agua, suelo, flora, fauna— como el entorno urbano» (Alonso García, M., 1995, p. 90); además, el medio ambiente, así entendido, implica las interrelaciones que entre ellos se reproducen: clima, paisaje²²⁵, ecosistema, entre otros.

En el fundamento 30 resalta la relevancia del comportamiento humano en la definición del ambiente:

El Tribunal Constitucional considera que el medio ambiente, entendido sistemáticamente como el conjunto de fenómenos naturales en que existen y se desarrollan los organismos humanos, encuentra en el comportamiento humano una forma de acción y de creación que condiciona el presente y el futuro de la comunidad humana.

A nivel legislativo, en el párrafo 2.3 del artículo 2 de la Ley General del Ambiente se define técnico-jurídicamente este concepto:

2.3 Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al «ambiente» o a «sus componentes» comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguren la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

²²⁵ Cabe anotar que el derecho a la preservación del paisaje no está incorporado expresamente en el texto de la Carta de 1993. Como señala, Rubio (1999): «Una norma de este tipo es muy importante en el mundo contemporáneo, en que las fuerzas que maneja el ser humano son capaces de depredar el paisaje de una manera antes nunca vista» (p. 413). En el Perú se produjo en 1998 una gran controversia en esta materia entre la Municipalidad Metropolitana de Lima y la empresa Lucchetti, de capital chileno, por la construcción de una fábrica de pastas en la zona adyacente a la reserva ecológica de los Pantanos de Villa en el distrito de Chorrillos, en Lima, que alberga a numerosas especies de aves migratorias. Finalmente, la licencia de funcionamiento de la fábrica fue revocada en 2001 por acuerdo del Concejo de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Al margen de la existencia de efectos contaminantes por la actividad industrial, la instalación de una fábrica en esa zona generó un innegable y objetivo daño paisajístico (cfr. Ochoa Cardich, 1998).

En la doctrina nacional, Ada Alegre precisa los límites conceptuales del ambiente, su naturaleza transgeneracional y su conexión con el derecho a la vida, a la calidad de vida y a la dignidad del ser humano:

Desde la perspectiva jurídica, el «ambiente» debe ser entendido como el conjunto de elementos, factores y recursos, naturales y generados por el hombre, que de manera independiente o conjunta, interrelacionada o bajo cualquier condición, conforman el entorno en el que se desarrolla su vida en el más amplio sentido del término y que son susceptibles de afectarla. Por lo tanto, el ambiente así concebido, es de interés público porque trasciende el ámbito individual de cada persona y es transgeneracional, porque está asociado a la vida de las actuales y futuras generaciones. La protección jurídica del ‘ambiente’ así concebida, se entendería como una proyección de la protección de la vida individual. La protección del ‘ambiente’ es una protección de segunda capa, a la protección del derecho a la vida. El derecho tutela la vida, pero también una vida de calidad, adecuada a la dignidad del ser humano (Alegre Chang, 2010).

Nuestra posición asume la jurisprudencia innovativa del Supremo Tribunal y la doctrina que decanta el concepto de medio ambiente dentro de una definición amplia y conforme a una vida de calidad.

3.6. El derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado

En la doctrina se ha sostenido que el reconocimiento y protección del derecho de todas las personas a un medio ambiente adecuado debe mirarse en el contexto más amplio de los avances de los derechos económicos, sociales y culturales (Cancado Trinidad, 1994). En posición que compartimos, se le debe conceptualizar como un derecho de solidaridad²²⁶, que se incorpora en diversas normas constitucionales promulgadas en los años setenta: artículo 24 de la Constitución griega de 1975, artículo 66 de la Constitución portuguesa de 1976 y artículo 45 de la Constitución española de 1978.

²²⁶ Como señala en la doctrina nacional Foy (1997), los derechos de la tercera generación son derechos de la solidaridad, reflejan una concepción de la vida en comunidad, su vigencia estaría condicionada a la existencia real de un esfuerzo conjunto de todos los componentes sociales: individuos, Estados, comunidades, etc. «Es el caso del derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente sano y equilibrado, además del derecho al respeto al patrimonio común de la humanidad. Algunos incluyen el derecho a la propia visión del mundo, a la imagen, a la calidad de los productos y a la creatividad humana. Los derechos al desarrollo contienen el de los pueblos indígenas y otros».

Huerta Guerrero (2013), luego de revisar las tesis sobre la fundamentación del derecho al medio ambiente sostiene: «Comparto las tesis formuladas hasta el momento con respecto a los fundamentos del derecho al medio ambiente en su papel utilitario para el desarrollo de las actividades del ser humano, su relación con otros derechos fundamentales y como concretización del principio de solidaridad» (p. 480).

Se expande en la mayor parte de las constituciones latinoamericanas de fines del siglo XX y en el presente siglo: Perú (1979 y 1993); Ecuador (1979, modificada en 1983 y 1998); Chile (1980); Nicaragua (1987); Colombia (1991); Paraguay (1992); Argentina (1994); Brasil (1998); Venezuela (1999), así como por las reformas constitucionales en Costa Rica (1994) y México (1999) (Brañes Ballejeros, 2015, p. 25).

Cabe citar como referentes en esta materia el artículo 60 de la Constitución nicaragüense de 1987, que prevé que «toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar»; el artículo 225 de la Constitución brasileña de 1988, que establece que «todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida»; el artículo 79 de la Constitución colombiana de 1991, dentro del capítulo de los derechos colectivos y del ambiente, que dispone que «todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano; el artículo 7 de la Constitución paraguaya de 1992, que establece que «toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente salvable y ecológicamente equilibrado»; y el artículo 41 de la Constitución argentina, reformada en 1994, que declara que «todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo».

En la misma orientación ambientalista, el artículo 50 de la Constitución costarricense de 1949, reformada en 1994, establece que «toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado»; el artículo 23 de la Constitución ecuatoriana de 1998 prevé como derecho de las personas «el derecho de vivir en un medio ambiente equilibrado y libre de contaminación»; y la Constitución mexicana de 1917, reformada en 1999, reconoce que «toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar».

Destaca como Constitución ambientalista la ecuatoriana de 2006. En el artículo 14 declara que se inspira en la filosofía del buen vivir: «Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kaway*». Dentro de esta línea, reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos en el artículo 71:

La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.

El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Más recientemente, el artículo 33 de la Constitución boliviana de 2008 prevé: «Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente».

Así, se ha generalizado en los textos constitucionales el reconocimiento del derecho de todas las personas a un medio ambiente adecuado, en un proceso de ‘enverdecimiento’ de las constituciones políticas de esta región del mundo (Brañes Ballesteros, 2000, p. 45). Este constitucionalismo ambiental constituye una ruptura con el modelo constitucional liberal, diseñado como instrumento de la Revolución industrial. Se orienta a procurar el equilibrio ecológico como bien jurídico constitucional de la relación Estado-sociedad-mercado.

Ruiz-Rico afirma que el ambiente constituye el punto central de referencia sobre el que gravita la última generación de derechos humanos, que tiene además su común denominador en el principio de solidaridad. Asimismo, puede llegar a modular el significado de otros derechos, convirtiéndose en el elemento principal de unificación en torno a un nuevo significado de la idea de libertad, menos abstracta y mucho más contextualizada con las preocupaciones sociales dominantes del presente (Ruiz-Rico, 2000, p. 69).

El derecho humano al ambiente no tiene como objeto central a la naturaleza en sí misma, sino a la exigencia jurídica de los ciudadanos y ciudadanas a la protección de ese medio natural (p. 79). De ahí que, como sostiene Christoff, la «ciudadanía ecológica —dependiendo de qué forma adopte— cambia, amplía o extiende las nociones existentes de la ciudadanía social y política. La ciudadanía ecológica es definida, fundamentalmente, por su intento de ampliar el discurso del bienestar social, reconociendo los principios relativos a los derechos medioambientales e incorporándolos al derecho, la cultura y la política» (Christoff, 1996, p. 161; cit. por Valencia Saiz, 2003, p. 284).

Cabe señalar que el ambiente adecuado es una condición necesaria para la calidad de vida, la que no es medible por el PBI (Nussbaum, 2007, p. 84). La calidad de vida es el nivel más deseable de bienestar material y espiritual de la persona, el clima idóneo para el desarrollo de su dignidad. Esta última es el fin y el fundamento de toda ordenación jurídica, también de la ambiental. El ambiente adecuado para el desarrollo de la persona es uno de los elementos esenciales que —con el bienestar socioeconómico y el disfrute de los derechos fundamentales— conforman la calidad

de vida (Canosa Usera, 2000, p. 50). Ortega distingue entre calidad de vida y calidad de la vida. Así, calidad de vida está ligada al progreso de la cultura y la economía, esto es al nivel de vida, mientras que calidad de la vida como objeto del ambiente significa un alto nivel de protección de la vida (Ortega Álvarez, 2002, p. 1641).

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 y a la calidad de la vida²²⁷.

En esa dirección, el derecho a la calidad de la vida no se limita a suprimir los efectos más perniciosos de la degradación ambiental provocada por la actividad humana, sino que se proyecta a otros planos en que están implicados una amplia gama de mandatos constitucionales, que van desde la planificación del desarrollo urbano por las municipalidades, previsto en el numeral 6 del artículo 195 de la Constitución, hasta la plena satisfacción del «derecho al descanso», que se reconoce en el mismo numeral 22 del artículo 2 de la Norma Suprema, mediante el uso y disfrute de la naturaleza y el paisaje.

Debe subrayarse que el postulado constitucional de protección del ambiente no solo es un derecho fundamental, sino que se constituye en un principio general que inspira el ordenamiento, según Delgado Piqueras (1993, p. 52). En similar dirección, Ortega afirma —desde un enfoque finalista— que el derecho ambiental tiene como finalidad última garantizar la supervivencia del planeta a través de la preservación, conservación y mejora de los elementos físicos y químicos que la hacen posible (Ortega Álvarez, 2002, p. 1640).

En esa dirección, la jurisprudencia constitucional española vincula la dignidad de la persona —que el artículo de apertura de la Constitución peruana de 1993 declara como fin supremo de la sociedad y del Estado— con el derecho fundamental

²²⁷ Los defensores de la interpretación constitucional en sentido sustantivo, como el profesor de Harvard L. H. Tribe, sostienen que incluso los derechos del *procedural due process* «tiene en su base la dignidad personal («ser oído» es parte de lo que significa ser persona); del mismo modo, la cuestión de ¿quién vota? o la regla «un hombre, un voto» poseen carácter sustantivo. En ese orden de ideas, se plantea la posible existencia de «nuevos» derechos fundamentales, esto es, como dimensiones sustantivas de valores superiores, como la dignidad humana. Así, Díaz Revorio (2006, p. 227), sostiene que la presencia de los valores superiores en la Constitución aumenta su discrecionalidad, y da base constitucional a un cierto poder creativo, tanto en el sentido de permitir «completar» los preceptos constitucionales y rellenar sus posibles vacíos como en el sentido más estricto de poder «reconocer» nuevos derechos fundamentales.

a un entorno adecuado. Así, la precitada sentencia del Tribunal Constitucional español afirma que «Esto nos lleva de la mano a la dignidad de la persona como valor constitucional trascendente (art. 10.1 CE) porque cada cual tiene derecho inalienable a habitar en su entorno de acuerdo con sus características culturales».

De este modo, el derecho fundamental a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, reconocido en el inciso 22 del artículo 2 de la Constitución peruana de 1993 —siguiendo a la Norma Suprema de 1979— debe ser entendido como inherente a la dignidad humana, reforzando su carácter de derecho fundamental de la persona.

Debe subrayarse que el contenido constitucionalmente protegido del derecho al ambiente está referido al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la calidad de la vida humana. Este ambiente, según el Tribunal Constitucional del Perú, en el fundamento 7 de la sentencia del caso Colegio de Abogados del Santa reúne las siguientes características:

A partir de la referencia a un medio ambiente «equilibrado», el Tribunal Constitucional considera que es posible inferir que dentro de su contenido protegido se encuentra el conjunto de bases naturales de la vida y su calidad, lo que comprende, a su vez, sus componentes bióticos, como la flora y la fauna; los componentes abióticos, como el agua, el aire o el subsuelo; los ecosistemas e, incluso, la ecósfera, esto la suma de todos los ecosistemas, que son las comunidades de especies que forman una red de interacciones de orden biológico, físico y químico. A todo ello, habría que sumar los elementos sociales y culturales aportantes del grupo humano que lo habite.

Tales elementos no deben entenderse desde una perspectiva fragmentaria o atomizada, vale decir, en referencia a cada uno de ellos considerados individualmente, sino en armonía sistemática y preservada de grandes cambios.

Por consiguiente, el inciso 22) del artículo 2 de la Constitución, implica que la protección comprende el sistema complejo y dinámico de todos sus componentes, en un estado de estabilidad y simetría de sus ecosistemas, que haga posible precisamente el adecuado desarrollo de la vida de los seres humanos.

Asimismo, debe conexionarse directamente el derecho al ambiente con el derecho fundamental a la salud, reconocido en el ordenamiento constitucional peruano en el artículo 7 del texto fundamental dentro del capítulo II («De los derechos sociales y económicos») del Título I («De la Persona y de la Sociedad»). Esa conexión puede establecerse desde una lectura ambiental de la Constitución, en la cual la perspectiva ambiental se integra a conceptos más convencionales como la vida o la salud (Foy, 1997, p. 99).

En esa dirección, en la STC Exp. 05680-2008-PA/TC, caso Rudecindo Julca Ramírez, el Supremo Tribunal asume la conexión entre el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente adecuado y equilibrado «en consonancia con la interpretación efectuada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU» y las obligaciones para el Estado y los particulares previstas en la Observación General 14 (fundamento 6).

3.7. Naturaleza compleja del derecho a la preservación del ambiente

Con relación a la naturaleza del derecho a la preservación del medio ambiente debe subrayarse su naturaleza compleja, integrada por diversos aspectos:

1. Es un derecho de autonomía personal y de no ser perturbado en ese disfrute. En ese sentido, el fundamento jurídico 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el caso Colegio de Abogados del Santa afirma que «Dicho derecho, en principio, establece un derecho subjetivo de raigambre fundamental, cuyo titular es el ser humano considerado en sí mismo, con independencia de su nacionalidad o, acaso, por razón de la ciudadanía».
2. 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. La sentencia del Tribunal Constitucional en el mencionado caso Colegio de Abogados del Santa en su fundamento 9:

Queda claro que el papel del Estado no solo supone tareas de conservación, sino también de prevención. En efecto, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, especial relevancia tiene la tarea de prevención y, desde luego la realización de acciones destinadas a ese fin. Y es que, si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en medio ambiente sano, estos sí pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que la hagan posible. En ese sentido, este Colegiado estima que la protección del medio ambiente no es solo una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención para evitar que aquellos no sucedan²²⁸.

²²⁸ En la misma dirección sobre el principio de prevención, la STC Exp. 0126-2005-AA/TC. En el derecho comparado destaca el artículo 74 de la Constitución de la Confederación Suiza de 1999 que declara: «Protección del medio ambiente 1. La Confederación se encargará de dictar las normas destinadas a la protección del hombre y su entorno natural contra los perjuicios nocivos o molestos. 2 Velará a que estos perjuicios sean evitados. Los gastos que se desprendan de la tarea de prevención y reparación habrán de ser costeados por sus causantes. 3 La ejecución de las disposiciones federales, en la medida en que no esté reservada a la Confederación por ley, es competencia de los cantones».

En ese mismo sentido, en la STC Exp. 0964-2002-AA/TC, en el caso Alida Cortez Gómez de Nano, en el que la demandante interpuso demanda de amparo contra la empresa Nextel del Perú S.A., por violación de sus derechos a la paz, a la tranquilidad, y a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado el desarrollo de su vida, debido a la instalación de antenas y equipos de telefonía celular ubicados con proximidad a una zona residencial. En el fundamento 11 de la sentencia, el Tribunal Constitucional del Perú asume la aplicación del principio de precaución. Así, declaró que:

Respecto de la posible afectación del derecho a la salud y a un medio ambiente sano y adecuado a consecuencia de la propagación de ondas electromagnéticas, este Tribunal debe destacar que se trata de un tema en el que, desde un punto de vista científico, no existe actualmente consenso. Sí existe consenso, sin embargo, en que a través de la legislación correspondiente se establezca una serie de precauciones destinadas a evitar que la carencia de resultados satisfactorios en la investigación sobre el tema, no termine generando problemas irreversibles en la salud y el medio ambiente, y, en ese sentido, que en la medida de lo posible tales equipos y antenas se instalen en lugares donde la gente no pase prolongados periodos de tiempo. Forma parte de ese denominado 'principio de precaución', que el estado prevea a través de medidas de regulación en la prestación de ese servicio público o mediante la regulación de la materia urbanística, que la instalación de tales equipos y antenas no se efectúe cerca de hospitales, escuelas o zonas residenciales, y que se asegure que los que operan en el mercado en la prestación del servicio público en referencia, compartan torres para reducir su número.

3. La obligación del Estado de establecer una serie de actividades reguladoras imponiendo estándares mínimos²²⁹. A este respecto, el Tribunal Constitucional STC Exp. 03448-2005-PA/TC, fundamento 4) ha declarado:

El derecho a un medio ambiente sano y equilibrado para el desarrollo de la persona supone la exigencia de condiciones mínimas que el Estado debe asegurar a los individuos a fin de permitir su desarrollo, siendo que el Estado no solo está obligado jurídicamente a establecer estas condiciones mínimas de modo técnico, sino, que adicionalmente, a respetarlas y a asegurar el respeto de los demás agentes sociales. Para ello, el Estado determina una serie de actividades reguladoras imponiendo estándares mínimos, pero además, se compromete

²²⁹ La ambientalista peruana Patricia Iturregui Byrne (1997, pp. 407-433), señala que los sistemas de evaluación de impacto ambiental y los controles directos sobre la contaminación como los estándares de emisión de licencias ambientales forman parte del principio de prevención. Citada en la STC Exp. 03343-2007-PA, fundamento 19.

a desplegar una serie de actos tendentes a asegurar esos estándares mínimos y, como resultado evidente, a no vulnerar los mismos ni permitir su vulneración como resultado de la actividad de terceros.

4. 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 ambiente (fundamento 17 de la sentencia del caso Ley de la Regalía Minera. En el mismo sentido, el fundamento 7 de la STC Exp. 003343-2007-PA (caso Cordillera Escalera).

3.8. Reinterpretación de los derechos fundamentales en clave ambiental

La jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales de la persona ha ido evolucionando, asumiendo una reinterpretación de estos derechos en clave ambientalista o de una especial apreciación del contenido ambiental de los derechos fundamentales.

En esa dirección, debe tenerse en cuenta el emblemático caso López-Ostra, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que apreció en el caso de los humos contaminantes, olores y ruidos que producía una planta depuradora instalada en Lorca, España, que se había vulnerado el derecho de una ciudadana española al respeto a la vida privada y al domicilio, reconocidos en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos —Convenio de Roma— y declaró que el Estado demandado debía pagar a la demandante en el plazo de tres meses una indemnización por los perjuicios causados. Asimismo, se dispuso el pago por concepto de gastos y costas²³⁰. El TEDH²³¹ sostuvo que:

Apoyándose en informes médicos y periciales aportados tanto por el Gobierno como por la demandante (apartados 18-19 supra), la Comisión constató, principalmente, que las emanaciones de sulfuro de hidrógeno procedentes de la planta sobrepasaban el límite autorizado, que podían generar un peligro para la salud de los habitantes de las viviendas próximas y, por último, que podía haber un vínculo de causalidad entre dichas emanaciones y las afecciones que sufría la hija de la demandante.

²³⁰ Cabe señalar como antecedente que el Tribunal Constitucional español el 26 de febrero de 1990 declaró inadmisibile el recurso de amparo promovido por la señora López Ostra por falta manifiesta de fundamento. Afirmaba que el motivo basado en una violación del derecho al respeto de la vida privada, no había sido debidamente sustentado ante los tribunales ordinarios. Asimismo, estimaba que la existencia de humos, olores y ruidos no constituía en sí, una violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

²³¹ Véase el texto de la sentencia N° 22 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, de 9 de diciembre 1994, caso López Ostra contra España Díaz Revorio, 2004, pp. 749-770.

Más adelante, en el fundamento 51 declara que los agravios al ambiente pueden afectar la vida privada y familiar de la persona: «Sin embargo, ni que decir tiene que los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del derecho de disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar sin que, por ello, se ponga en grave peligro la salud de la interesada».

En el fundamento 58 la sentencia afirma que no hubo un justo equilibrio de intereses con motivo del funcionamiento de la planta depuradora:

Teniendo en cuenta lo que antecede —y a pesar del margen de apreciación reconocido al estado demandado—, el Tribunal estima que este no ha sabido mantener un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca —el de disponer de una planta depuradora— y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar.

En la línea jurisprudencial trazada por el TEDH en este caso, se sitúa el Tribunal Constitucional español en la STC 119/200. En ese proceso de amparo, la demandante denunció la elevada contaminación acústica que padecía su domicilio, debido tanto a los ruidos y vibraciones producidos por establecimientos situados en las proximidades de su residencia, como a causa de los emitidos por una discoteca ubicada en los bajos de su finca. La accionante ofreció como pruebas diversas mediciones del nivel de ruido y un parte de consulta y hospitalización que acreditaba que estuvo varios años bajo tratamiento por insomnio.

El Tribunal Constitucional español en su sentencia afirma que el derecho a la integridad física y moral ha sido vulnerado. Así, en el fundamento jurídico 5 afirma este derecho protege «la inviolabilidad de la persona no solo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular».

Siguiendo la línea jurisprudencial del TEDH en el caso *López Ostra*, el Tribunal Constitucional español sostiene en el fundamento jurídico 6, que «en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio en los términos del artículo 8.1 del Convenio de Roma».

Asimismo, la sentencia, en su fundamento jurídico 6 señala que en el caso en cuestión se ha vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito domiciliario:

Podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida que impidan o dificulten

gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.

En voto singular, sin discrepar del fallo expedido, el magistrado español Jiménez de Parga sostuvo que la saturación acústica causa daños y perjuicios a las personas con posible conculcación del derecho a la integridad física y moral, así como puede suponer una violación del domicilio, como ámbito reservado para la intimidad personal y familiar, con conculcación de estos derechos. En ese orden de ideas, afirmó que el ruido que lesiona derechos fundamentales no es solo el que invade el domicilio, sino el que afecta a las personas en toda ocasión.

En el Perú, destaca en materia de protección contra la contaminación acústica la STC Exp. 007-2006-PI/TC, caso Calle de las Pizzas. En su fundamento 55 destaca la protección del derecho a la salud de los vecinos:

El grado de realización de la protección del derecho a la salud es elevado. El descanso y el dormir habitual de la persona durante la noche constituye un elemento indispensable para la recuperación de energía, por ello, su disfrute posibilita un estado de salud pleno. Por el contrario, su perturbación o interrupción como consecuencia de ruidos molestos, de un entorno acústicamente contaminado, como el que ocasionaría el funcionamiento nocturno sin límites de horarios en los establecimientos de la Calle de las Pizzas, ocasionaría una afectación grave del derecho a la salud. En tal sentido, la medida restrictiva analizada constituye un medio a través del cual se alcanza una elevada realización del derecho a la salud. La salud, por su importancia, no puede protegerse a través de medios que den paliativos frente a los factores que la afectan o que la ponen en peligro, sino a través de medios plenamente efectivos, de modo que se garantice con eficacia el derecho a la salud de las personas.

CAPÍTULO 11

ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

1. LA UNIDAD DEL MERCADO

Todo ciudadano tiene el derecho constitucional (artículo 2, inciso 11 de la Constitución) a domiciliarse donde mejor considere conveniente, así como a trasladarse, cambiar de domicilio y circular de un lugar a otro o salir del país. Esta libertad de desplazamiento está vinculada estrechamente a la libertad física o corporal y puede, claro está, ser razonablemente reglamentada por la ley, la que por ejemplo establece disminución por razones de sanidad pública o cuando se declara un estado de excepción como el estado de emergencia o de sitio.

Ese derecho individual se traslada al ámbito económico, lo que significa no solo la libertad de circulación de personas, sino también de servicios, bienes y capital que permitan a las empresas abastecer no solo su propio radio de natural influencia, sino una dimensión mayor, más aún cuando se trata de procesos de integración económica. Es la manifestación práctica de la «unidad de mercado».

Junto a la propiedad, el mercado aparece como uno de los pilares en los que se fundamenta la constitución económica del Estado moderno. Alberto Dalla Via señala que «la propiedad, como derecho fundamental, es el pilar de la parte dogmática del derecho constitucional económico, en tanto que el mercado, como locus o como ámbito a asegurar por el Estado, dentro del cual se realizan los derechos económicos, corresponden a la parte orgánica del derecho constitucional económico» (1999, p. 404).

Si bien nuestra constitución no se refiere al mercado en términos expresos, sí hace referencia a la economía social de mercado y, en consecuencia, lo reconoce indirectamente como institución y como lugar en el que se realizan las transacciones comerciales. El reconocimiento del derecho de las personas a su libre circulación en el territorio de la república implícitamente lo hace también con la libre circulación

de bienes y mercaderías, con la eliminación de todas las «barreras interiores» propias del proteccionismo colonial y con el reconocimiento único de las aduanas nacionales²³².

Al momento de declararse la independencia, el Perú se constituyó formalmente como una sola unidad económica, más allá de la importancia que podrían tener las economías regionales. Dalla Via ha señalado para la Argentina —aplicable también al Perú— que ello constituyó un cambio de tal naturaleza frente a la realidad colonial que puede compararse satisfactoriamente con los procesos de integración económica actuales, pues «desde el punto de vista del derecho constitucional, la integración económica es una de las consecuencias propias del principio de integración constitucional», manifestación de la eficacia integradora de las constituciones modernas (p. 406). El fundamento de la unidad económica o la unidad de mercado debe buscarse entonces en la Constitución como acto fundacional del Estado, pues esta cumple una función de integración que se proyecta sobre todo el ámbito económico.

La unidad económica o de mercado resulta, pues, del mandato constitucional, de la propia existencia de la Constitución, y no, jurídicamente, algo anterior a ella. Bien dice Dalla Via que:

La inclusión de normas específicamente económicas en la Constitución, dirigidas en general a regular las conductas económicas de todos los agentes que intervinen en este ámbito, hace aparecer esta función de integración, especialmente perceptible: en tanto que la Constitución contiene reglas sobre el orden y el proceso económicos, y en tanto que esta es única y vincula a todos por igual, la Constitución establece un marco jurídico unitario para la disciplina de la actividad económica (Dalla Via, 1999, p. 407)²³³.

En nuestros días es difícil entender el funcionamiento de una economía de mercado en un país determinado si no existe un territorio en el cual —salvo excepciones puntuales como las exoneraciones tributarias regionales— las normas que regulan la actividad económica tienen aplicación uniforme, es decir, donde la actividad económica funciona en todo el territorio sin trabas administrativas diferenciadas.

²³² Francisco García Calderón nos informa en su *Diccionario de la legislación peruana* (1870) que había aduanas al interior del territorio en los primeros años después de la declaración de la independencia, pero que al momento de escribir el citado libro «el tráfico interior es libre de todo derecho hoy en la República» (I, p. 44).

²³³ Dalla Via agrega que «la función de integración económica de la Constitución no se realiza por referencia a un determinado modelo económico, que se consagra como «modelo económico constitucional», sino mediante el establecimiento del marco jurídico básico de disciplina de las actividades económicas, al que deben someterse todos los poderes públicos cuando pretenden intervenir en este ámbito, y por otra parte, mediante la fijación de un determinado reparto de competencias entre las diversas instancias, que distribuye las responsabilidades de intervención.

Puede afirmarse que la proyección de la libertad de empresa como derecho fundamental es la del mercado como institución, a diferencia de lo que ocurría antiguamente, cuando aparecía como lugar de encuentro de libertades no institucionalizadas, pues las instituciones eran el «no mercado». Lo que observamos ahora en un mercado es su alto grado de institucionalización, pues existen numerosas autoridades de vigilancia, fiscalización, arbitraje, etcétera, con poderes reguladores y sancionadores. Esa institucionalización tiene que ser procompetencia o promercado, y las instituciones existen para garantizar que el mercado funcione para hacer realidad la libertad de empresa, para evitar una acción estatal al antiguo modo intervencionista. En síntesis, el mercado es hoy una institución «cuidada, fiscalizada y protegida por los poderes públicos en cuanto se dan cita en tal institución las libertades de todos los agentes que concurren a la misma» (Soriano, 1998, p. 93).

Cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional español 22571993, de 9 de marzo, que relaciona el derecho a la libertad de empresa con el principio de unidad del mercado y señala en el fundamento jurídico 6:

Desde esta perspectiva (libertad de empresa), (la defensa de la competencia) se halla naturalmente relacionada con la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia, que tantas veces hemos subrayado, de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica [...] sin «la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica [...] no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone» [...] De modo que no solo la formación, sino todas las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado.

En las últimas décadas se ha intentado llevar adelante en América Latina varios procesos de integración económica como paso previo a posibles acuerdos políticos de mayor envergadura. El de mayor importancia para nosotros ha sido el de la Comunidad Andina de Naciones, que ha tenido en más de un aspecto avances destacados, como lo prueba el incremento constante del intercambio económico entre los países que lo conforman. En los procesos de integración, se establece con mayor o menor firmeza el principio de la libre circulación de los factores de producción como la palanca con la que se impulsa la creación de un mercado único ampliado, lo que ha tenido suerte diversa.

En términos generales, si bien se han producido acuerdos aduaneros que han permitido un aumento del intercambio comercial en la región, los acuerdos no han sido lo suficientemente contundentes como para crear una estructura político administrativa única, como en el caso, por ejemplo, de la Unión Europea, donde bajo el marco

del derecho comunitario se aplican reglas uniformes del derecho de la competencia, esto es, reglas sobre concentraciones, abuso de posición de dominio, prácticas restrictivas, subvenciones o ayudas públicas, etcétera, con el objeto de que la competencia entre las empresas sea libre y leal. De ese modo, ese derecho de la competencia se convierte en el «policía» del tráfico mercantil. Intento menos ambicioso pero destacable es la constitución, en la ciudad de Quito, del Tribunal Andino de la CAN, cuyas interpretaciones prejudiciales en el ámbito de los derechos intelectuales tienen gran relevancia. Estas interpretaciones tienen que ver con el sentido de las disposiciones de las llamadas Decisiones, que son normas supranacionales de obligatorio cumplimiento y de jerarquía superior a la normativa interna. Como lo indica su nombre, las interpretaciones prejudiciales son solicitadas por los interesados ante los tribunales nacionales, que deben aceptarlas y aplicarlas en un caso concreto, según lo que defina el Tribunal Andino.

Sin embargo, hay que advertir que, si bien la competencia económica es un valor de gran importancia para el desarrollo económico, no es un valor absoluto y único. Es posible adoptar o permitir comportamientos anticompetitivos cuando están por medio valores superiores que la Constitución establece y prioriza, como podrían ser las materias vinculadas a la seguridad y a la salud públicas. No se trata de atender una retórica anticompetencial, sino de examinar caso por caso y, cuando llegue la oportunidad, declarar formalmente una actividad económica como de servicio público. Esta es una forma de atender las necesidades más apremiantes de la población mediante una vía en la cual el mercado está presente solo parcialmente.

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. Como bien señala José Eugenio Soriano:

La unidad del mercado no es tanto un título de competencia de las autoridades centrales para el ejercicio directo de potestades [...] como un título de atribución de garantías y respeto por una institución que, entre otras limitaciones, puede sufrir continuamente las amenazas de su fragmentación, división, ruptura, por vía de la creación de mecanismos territoriales dirigidos a impedir su funcionamiento pleno o a alterar su contenido y significación. No se trata tanto de atribuir una

competencia a las autoridades centrales, sino de respetar y preservar la institución que es el mercado (Soriano, 1998, p. 245).

Como hemos dicho antes, el mercado como institución es esencialmente contrario a la frontera, tiene más bien una naturaleza expansiva que le lleva a construir los espacios más amplios posibles, superando la delimitación impuesta por las barreras aduaneras regionales o nacionales. Por eso cuando se inicia la construcción de las instituciones nacionales en el constitucionalismo moderno, al inicio de la República, la existencia de la frontera exterior fue una de las condiciones esenciales para la existencia de un mercado nacional, unido estrechamente a la abolición de fueros locales, aduanas interiores y privilegios personales relacionados con el comercio o con la industria. Son similares los procesos de integración económica y la creación de organismos reguladores mundiales como la OMC, que tuvo su antecedente, después de la Segunda Guerra Mundial, en el *General Agreement on Tariffs and Trade*, conocido por sus siglas como GATT (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio).

En síntesis, desde una perspectiva territorial, la potestad estatal de preservar la unidad de mercado es más que nada una potestad de preservación y cautela dirigida a impedir la creación de barreras territoriales o situaciones de privilegios. Esta forma de actuación nace de la consideración de que el mercado solo «necesita de instituciones de protección y vigilancia general en la doble medida de protección del mercado como tal y de los intereses de consumidores-usuarios» (Soriano, 1998, p. 247). El mercado tiende naturalmente a la homogeneidad, y cuando esto se altera se perturba el tráfico económico y las condiciones en que los productos y servicios se ofrecen a los consumidores, que deben poder elegir libremente y sin someterse a caprichos burocráticos²³⁴.

2. LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO²³⁵

2.1. Nota preliminar

La implantación generalizada de la economía de mercado en prácticamente todo el mundo tiene muchos matices a considerar. El viejo liberalismo de principios del siglo XIX reconocía a la utilidad del individuo como la fuerza motriz de la economía y la sociedad, y había propagado como principio fundamental el libre juego de las fuerzas económicas con mínima intervención estatal. El «dejar hacer, dejar pasar» en el orden económico interior y el libre cambio y la libre navegación en el exterior

²³⁴ Párrafo citado en la STC Exp. 00014-2009-PI/TC, caso Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima, fundamento 6.

²³⁵ El desarrollo de este punto está basado principalmente en Kresalja, 2007.

fueron sus características. A pesar de esta proclamación del libre comercio, las naciones poderosas no dejaron nunca de proteger a sus empresas, industrias y capitales, haciendo uso para ello incluso de las intervenciones armadas. Como sabemos, este liberalismo cayó en descrédito en el propio siglo XIX con la llamada «cuestión social», que dio lugar a pronunciamientos diversos tanto en el campo político como religioso. En la segunda parte del siglo XIX apareció el denominado socialismo utópico y las primeras propuestas para una economía socialista dirigida, pero esta no pudo desarrollarse hasta después de la Revolución bolchevique de 1917 en Rusia, que concluyó con su fracaso a finales del siglo XX, dando lugar al triunfo de una economía de mercado de carácter neoliberal.

El neoliberalismo contemporáneo trata de implantar una economía de mercado que convierte el interés del individuo en el fundamento de todo el orden económico y promueve la libre competencia de las fuerzas económicas. Para esta concepción, defendida con diversos matices por economistas tan renombrados como Ludwig von Mises, Friedrich von Hayek y Milton Friedman, la libertad, en el sentido de ausencia de coacción, es el principio supremo del ordenamiento de la vida pública, lo que en el plano económico se manifiesta en un libre mercado en el cual los agentes interactúan espontáneamente, siendo la competencia el motor que da vida a todos los procesos económicos, con una fuerte inhibición por parte del Estado. En otras palabras, consideran que lo mejor es que el Estado conceda a los capitales privados un margen de acción casi ilimitado, pues sus principales tareas son la defensa frente a la agresión externa, la seguridad interna, garantizar la protección personal de los ciudadanos y crear un marco estable para el libre desarrollo económico. La inviabilidad del denominado Estado de bienestar en la parte final del siglo XX coadyuvó al triunfo del neoliberalismo, individualista, capitalista y antiestatalista, y que tuvo en Latinoamérica expresión a través del denominado Consenso de Washington.

No hay que olvidar que el capitalismo genera la ambición de progresar, de ganar dinero y acumular capital, produciendo una modificación en la vida social, creando un entorno económico nuevo en el que, por primera vez en la historia, las condiciones materiales de vida han mejorado de manera constante en las áreas geográficas donde floreció. Sin embargo, el concepto mismo de riqueza implica desigualdad entre quienes poseen los medios de producción y quienes trabajan en ellos. Sin embargo, ese aumento de bienestar ha dado lugar, también, a la aparición de una nueva forma de miseria social, acentuada por el «trasvase de riquezas desde la periferia subdesarrollada al centro desarrollado, versión capitalista de una explotación imperialista mucho más antigua de los débiles por los fuertes. La brecha cada vez mayor entre naciones ricas y pobres no es solo, indudablemente, una medida de la superior capacidad del mundo capitalista, sino, también, un índice de su poder de explotación» (Heilbroner, 1996, p. 46).

Esta situación genera una extendida crítica respecto al fundamento moral del capitalismo, pero su supervivencia o superación hace necesaria la intervención del Estado para refrenar o reorientar sus tendencias indeseadas, recuperando su área de influencia relativamente perdida frente al sector privado durante los últimos dos siglos (p. 115).

Dada nuestra ubicación geográfica y el predominio político que tiene en la región es pertinente hacer referencia al modelo de economía neocapitalista de los Estados Unidos. Poca duda cabe de que la desregulación que este modelo persigue en los ámbitos económicos, sociales y políticos tiene como efecto de largo plazo destruir las fuerzas de cohesión que constituyen una referencia obligatoria para la conservación de una sociedad sana. No es del caso aquí repetir el catálogo de vicios del neocapitalismo norteamericano²³⁶, que también se imita en otros países, pero sí indicar que su dimensión no es solo económica y política sino también ética, lo que por cierto no significa desconocer las virtudes que significan el espíritu emprendedor, la libertad de opinión y reunión, y el compromiso voluntario de su población en muchos ámbitos de la vida social.

Lo que hay que poner de relieve es que el sistema neoliberal no nace espontáneamente, sino que ha requerido siempre de una intervención política, por lo que la llamada «mano invisible de la competencia» no funciona siempre, porque cuando aparecen signos de paralización o decaimiento económico aparecen las intervenciones de la mano visible del Estado, esto es, los fallos del mercado deben superarse para el funcionamiento correcto del sistema económico. Por cierto, ello no lleva a desconocer la existencia de logros por parte del sistema neoliberal, pero lo que es necesario puntualizar aquí es que existe una alternativa denominada economía social de mercado.

2.2. Orígenes

Los orígenes de lo que hoy se denomina economía social de mercado tuvieron lugar en la década de 1930 en el concepto de ordoliberalismo, acuñado en la llamada Escuela de Friburgo, Alemania, vagamente inspirada en el concepto cristiano de orden. El ordoliberalismo propugnaba un Estado fuerte, capaz de implantar un marco adecuado para la libre competencia, pero buscando al mismo tiempo un equilibrio social. Intentaba una síntesis entre la economía de mercado y la seguridad social, en la cual las fuerzas del mercado crean las bases del progreso social, y la seguridad social posibilita y garantiza la funcionalidad y la persistencia del mercado. No fue una simple

²³⁶ Se señalan como tales, entre otros, el endeudamiento y déficit comercial, la baja tasa de crecimiento de la productividad, el empeoramiento de la infraestructura social, el problema racial y de pobreza, la alta criminalidad y la violencia, la extensión del consumo de drogas, una clase alta rica y avariciosa, un incipiente bloqueo del sistema político por camarillas económicas, un creciente sentimiento de vacío espiritual, etc. Véase Küng, 1999, p. 193.

mezcla de socialismo con capitalismo, sino una vía autónoma en que se concede un espacio adecuado a la libertad y eficiencia individuales pero que a la vez incorpora exigencias sociales. La contraposición entre Estado y mercado o entre igualdad y libertad fue la preocupación principal de un grupo de académicos alemanes en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Friburgo en la década de 1930. Se trata de un esfuerzo que se origina en el liberalismo económico, bajo la firme creencia en el mercado libre, pero que considera que es obligatorio complementar con una amplia variedad de políticas sociales. Economistas de nota como Walter Eucken, Alfred Müller-Armack, Wilhelm Röpke y Ludwig Erhard fueron representantes destacados de esta posición.

Para los ordoliberales, la economía está al servicio del hombre y no a la inversa, y la política económica es parte de un marco social superior. En ese sentido, consideran que el Estado y el ordenamiento jurídico tienen un rol que cumplir en materia económica, garantizando la competencia frente a desviaciones que el propio mercado genera, como son los carteles y los acuerdos anticompetitivos. Por ello, el Estado debe asegurar, además, el comportamiento leal de los agentes económicos, sobre la base del rendimiento y no de los subsidios. Los ordoliberales consideran que la libertad en los mercados debe ir acompañada de una compensación social, porque hay personas que no pueden desarrollarse, sea por falta de conocimientos técnicos o por problemas de edad o de salud, compensación que hará posible el funcionamiento de la economía de mercado.

Tanto para el neoliberalismo austriaco como para el ordoliberalismo alemán es importante la concepción del estado de derecho. Sin embargo, en un ulterior análisis, ambas posturas en el fondo se diferencian de manera significativa, pues mientras para los primeros el estado de derecho es importante en la medida en que se encarga de asegurar los derechos individuales y por lo tanto, dar certidumbre sobre las reglas del mercado; para los segundos, la idea de estado de derecho trasciende esta función, pues el Estado además de aplicar el derecho, debe tener la obligación de la formación de este, con la intención de estructurar de una manera eficiente pero justa al mercado. Principalmente buscando evitar la deformación natural de los procesos del mercado, la cual trae como resultado la acumulación de poder económico. Esta acumulación de poder por parte del sector privado es negativa para los ordoliberales por dos razones. Primero porque pone al ciudadano común en desventaja con los proveedores de bienes y servicios. Pero segundo, y tal vez más importante aún, porque la acumulación de poder económico degenera invariablemente en la formación de poder político. Llevando con ello a la intervención en el mercado para favorecer intereses particulares, generando un desajuste dentro del mercado y así una serie de injusticias.

El ordoliberalismo alemán y la economía social de mercado
Iván Lazcano Gutiérrez

Esa posición, entonces, defiende una competencia libre y leal, que por sí misma garantice la justicia distributiva. Se distingue así del neoliberalismo en que exige:

[...] al mismo tiempo que el Estado cree un marco jurídico a fin de evitar en la sociedad toda clase de expansión del poder monopolista o egoísta de ciertos grupos en beneficio de otros. Una «ordopolítica» consistente ha de garantizar la competencia mediante disposiciones legales, asegurar el desarrollo económico, contrarrestar (y aquí se coincide con Keynes) las fluctuaciones coyunturales y, al mismo tiempo, proteger los derechos de quienes tienen una posición débil en el acontecer del mercado. Solo de este modo se realizaría al mismo tiempo la libertad de los individuos (objetivo de los neoliberales) y la justicia social (objetivo de los socialistas). En definitiva, un concepto de fuerte base y motivación ética (Küng, 1999, p. 211).

Esta posición recibió influencias de la ética social evangélica y de la doctrina social católica, y se llevó a cabo en la República Federal Alemana después de la Segunda Guerra Mundial, con señalado éxito²³⁷. En efecto, el término economía social de mercado aparece en la literatura económica y política haciendo referencia al modelo económico puesto en marcha en la Alemania de la posguerra.

Los promotores de la economía social de mercado coinciden en que el marco institucional dentro del cual se llevan a cabo las actividades económicas debe estar conformado por una constitución económica provista por el Estado, que no significa la existencia de una planificación central o de un intervencionismo del Estado, sino el diseño de un marco económico que adopte los principios generales de la política económica. En tal sentido, la constitución económica es necesaria para asegurar el correcto funcionamiento del proceso económico, contemplar las reglas que lo respalden y encaucen —ya que de no ser así deben ser modificadas o creadas—, pero no renunciar a ordenar las fuerzas del mercado en claras reglas de juego (Lazcano, 2008, p. 37). Estas reglas no son inmutables, y la constitución económica puede variar de país en país, incorporando las que necesite de acuerdo a su desenvolvimiento económico, a su situación social y a su historia. Estas ideas son propias del ordoliberalismo, que considera que el Estado no puede limitarse a ser un simple garante de la legalidad, pues no solo debe aplicar el derecho sino también adecuarlo o modificarlo para incrementar la eficiencia del mercado y para evitar la acumulación de poder político y económico (p. 95). En este sentido, se aleja de la concepción liberal clásica,

²³⁷ Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el llamado «milagro económico alemán» se vio favorecido por un nivel educativo relativamente alto de su población, por una infraestructura en gran medida bien estructurada y por el consenso básico de la población (Katz, 1970, pp. 125 ss.), afirma que el denominado milagro alemán se debió a: (i) La mano de obra baratísima; (ii) El aporte de riqueza del Plan Marshall; (iii) El gran negocio alemán de la guerra de Corea; y (iv) La inexistencia de gastos militares.

que considera que basta con que el Estado sea un «guardián nocturno». Para el ordoliberalismo, su labor va más allá, y debe estar listo para intervenir decisivamente, sin obstruir a las fuerzas del mercado, sino por el contrario, protegiendo la competencia y ayudando a que la economía se adapte a las condiciones cambiantes (p. 119).

2.3. Concepto

Artículo 58. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

La economía social de mercado se diferencia del sistema capitalista y del socialista. 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 es un instrumento rector. Para esta corriente, el mercado está organizado de manera consciente bajo un sistema de reglas o instituciones, y la libertad es la que rige las decisiones económicas (Clapham, 1980, p. 56 ss.); los objetivos sociales se encuentran en el mismo nivel que los objetivos económicos de la eficiencia; y fomenta la participación activa de los trabajadores en el mundo de la empresa de cierta magnitud. Como señala Lourdes Flores Nano:

En la raíz de la concepción de la economía social de mercado está la herencia liberal que rescata el valor de la libertad y su cabal ejercicio en todos los ámbitos de la vida del ser humano. Ese ejercicio, en lo económico se ejerce a través del mercado y la libre competencia, entendida como una competencia de eficiencias, que confieren poder de decisión final al consumidor. Empero, reconociéndose que el ejercicio en libertad, genera perturbaciones que impiden la competencia, los defensores de la tesis de la competencia perfecta, estiman que el Estado y el ordenamiento jurídico son los llamados a garantizar el real funcionamiento del mercado y la competencia. Finalmente, el orden económico no es ajeno al orden social y político, con los que guarda relaciones de interdependencia y estos, suponen algunas bases éticas que les dan fundamento. En la base misma de esta concepción, hay una noción de persona y de su dignidad como valores anteriores y superiores y una noción de justicia que aspira a generar bienestar general para todo ser humano (Flores Nano, 2015, p. 19).

Como afirma Lazcano:

La economía social de mercado representa una expresión de liberalismo, pero no del clásico, sino de un nuevo tipo de liberalismo que busca echar mano de otros

campos disciplinarios, y que por lo mismo, si bien acepta los valores del mercado, no puede dejar de lado aquellos valores tal vez más importantes de la sociedad. Por esta posición intermedia que intenta adoptar, se vuelve blanco de las críticas de ambos extremos. Por el lado de los autores neoliberales se les califica como una versión más del intervencionismo típico alemán, mientras que por el lado de los socialistas, se les identifica simple y sencillamente como miembros del neoliberalismo (Lazcano, 2008, p. 18).

García Pelayo (1979, p. 39 ss.) señala que los términos «economía de mercado» y «economía social de mercado» distan de tener una formulación inequívoca. Afirma que a diferencia de «economía libre de mercado», en el que el Estado se limita a crear un orden jurídico objetivo para la acción económica, pero sin accionar él mismo, y de «economía dirigida de mercado» (o controlada), con una planificación estatal que sirva de correctivo a la libre decisión de las empresas, en la economía social de mercado se estima que la libre competencia es el mejor sistema para asegurar el bienestar de todos, admitiendo la intervención del Estado en ciertas materias económicas y sociales.

Tanto Müller-Armack (1963), su principal teórico, como Ludwig Erhard (1989), quien la puso en práctica en la antigua República Federal de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, en su calidad de ministro de Economía, se han esforzado en demostrar la función social consustancial a la economía de mercado y su compatibilidad con una política de competencia. Como ya hemos dicho, el concepto de economía social de mercado es un concepto sincrético que reconoce a la competencia como motor del sistema, que debe impulsar equilibradamente a todos los participantes en el tráfico (consumidores y empresarios) a la satisfacción de sus legítimos intereses económicos particulares, así como a los intereses sociales; son elementos esenciales de ella el derecho a la libre iniciativa, la eficiencia económica y la justicia social.

El hecho de que su contenido carezca de una formulación única le da flexibilidad. Es posible, por tanto, justificar medidas intervencionistas destinadas a asegurar el funcionamiento de la economía depurándola de factores que la obstaculizan, pero ellas deben ser conforme al mercado, con el objeto de no obstaculizarlo o desnaturalizarlo; esto es, debe siempre respetar la formación de los precios por el mercado. De Juan Asenjo nos dice que:

Para el neoliberalismo germano la esencia de una economía social de mercado consiste en un sistema descentralizado donde la coordinación de las decisiones individuales y la dirección del proceso económico corre por cuenta de unos indicadores llamados precios, que se forman espontáneamente en los mercados competitivamente por el libre juego de la oferta y la demanda. El sector público tiene importante e insustituible misión que cumplir: la creación y aplicación de las condiciones y reglas necesarias para el funcionamiento del mercado (*Ordnungspolitik*).

En particular, debe asegurar la estabilidad económica y la libre competencia, así como la realización de una política de corrección social. Ahora bien, estas actuaciones públicas en el campo de la economía han de ser en todo momento conformes con el mercado, es decir, han de respetar el mecanismo de los precios y evitar que el centro de dirección del proceso económico se desplace al sector público (condena del *Prozesspolitik*) (1984, pp. 66-67).

Las palabras de W. Röpke (1956), que fue el primero en utilizar la expresión «principio de conformidad con el mercado», son muy significativas:

Tiene importancia capital hacer una distinción en dos grupos de intervenciones estatales, para las que proponemos las denominaciones de intervenciones «conformes» y «disconformes», o sea intervenciones de conformidad con la constitución económica basada en el mercado e intervención no conforme con ella. Son intervenciones conformes las que respetan la mecánica de los precios y la autorregulación del mercado realizada mediante ella, incorporándolas como nuevos 'datos' que aquella asimila; disconformes, en cambio, aquellas otras que paralizan la mecánica de los precios y requieren, por lo tanto, la implantación de un orden planificado (colectivista) (citado por Juan, 1984, pp. 139-140).

2.4. Principios

Es preciso pues anotar cuales son los principios sobre los que descansa el ordenamiento de una economía social de mercado. Ellos son, en primer término, los principios *pro libertate* y *pro igualdade* (Correa-Henao, 2008, p. 150 ss.). A ellos se agregan el principio de competencia, que impulsa las habilidades de las personas y la eficiencia de las instituciones; los principios de subsidiaridad y de solidaridad; y la actuación económica del sector público según «el principio de conformidad al mercado». Además, hay que agregar el principio de desconcentración, que promueve el control estatal frente a la fusión o concentración de empresas cuando ello afecta el principio de competencia, la productividad y los consumidores y usuarios, y el cual tratamos en el capítulo sobre libertad de empresa. Para la economía social de mercado, es indispensable armonizar la libertad personal con un creciente bienestar social, que incluya un sistema de seguridad social que busque balancear las necesidades individuales con las colectivas. En esta línea, uno de sus propósitos es armonizar los objetivos divergentes de la seguridad social y la libertad económica, a través del principio de competencia.

Por el principio *pro libertate*, la economía social de mercado soporta el principio general de libertad, que sirve de base a todas las libertades constitucionales. La Constitución de 1993 sanciona la libertad económica, que es una proyección

del principio de libertad y del libre desarrollo de la personalidad del ciudadano, enumerados en su artículo 2, y consignados en los artículos 58 y 59. Ese principio de libertad está limitado por las exigencias del Estado social y democrático de derecho. En cuanto al principio *pro igualdad*, se encuentra vinculado estrechamente a la competencia económica, que solo puede ser considerada como tal si existe la libertad de concurrir, de acceder al mercado y de adaptarse a las necesidades de los consumidores en condiciones parejas, ejerciendo los mismos derechos y obligaciones que los otros concurrentes.

El principio de competencia no es únicamente un principio centrado en el sistema de precios, sino uno que haga posible transformar esas competencias en cooperación con los demás, es decir, en la competencia de las personas como fundamento para que puedan desarrollarse y crecer cooperando y contribuyendo al desarrollo de los demás en el contexto del bien común. Dentro de sus objetivos se encuentra valorar al trabajador no solo como tal, sino como persona, y que esto le concede un reconocimiento, que sin embargo no debe ir en detrimento de la iniciativa empresarial. Por su parte, el empresariado debe contribuir permanentemente a que, haciendo realidad el principio de subsidiaridad, se den las condiciones de competencia para que exista una economía social de mercado. Sin la acción del empresario, ese desarrollo, que es fundamentalmente cultural, no tiene capacidad para ejecutarse (García Echevarría, 2015, p. 20).

Como afirma Correa-Henao, el principio de libre competencia tiene una importancia significativa «en su doble carácter de límite a la libertad de empresa y de presupuesto de la misma, de la que se desprende la imposibilidad de concebir el sistema de economía libre sin un mecanismo que asegure su preservación, esto es, sin la intervención efectiva del Estado» (2008, p. 167).

La economía social de mercado considera que a la competencia le incumben funciones económicas importantes como la utilización productiva del trabajo y del capital; además de que genera beneficios sociales significativos —pues impide que se haga mal uso de la propiedad privada y que se den ganancias monopólicas—, el abastecimiento óptimo del consumidor y la eficiencia económica. Afirma que la propiedad privada de los medios de producción se justifica sin reservas desde el punto de vista político y social, pero solo dentro de una economía de competencia, por la que el Estado tiene que velar (Clapham, 1980, p. 60 ss.).

El principio de solidaridad presupone que el orden económico construido no favorezca a un solo grupo, sino que las posibilidades de ganar o perder deberán ser distribuidas más o menos equitativamente entre todos los miembros de la sociedad. 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 (p. 78).

2.5. La subsidiariedad de la iniciativa pública

Artículo 60. El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa.

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.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Las relaciones entre Estado y mercado han sido siempre complejas y polémicas. El Estado o las decisiones de las autoridades, legítimas o no, han tenido siempre una gran influencia en la marcha económica de los pueblos y ciudades, y un poder significativo para fabricar ricos y sentenciar a las mayorías, de por vida, a ser pobres. Dejando de lado las decisiones de política macroeconómica —que suelen tener expresión normativa indirecta—, la actuación en la economía del Estado nacional, la gran creación política de los tiempos modernos, se da fundamentalmente a través de tres vías: la de ordenación, legislativa o regulatoria; la de actuación empresarial; y la de planificación, que tiene una fuerza coercitiva cambiante.

En nuestros días, un Estado Nación pobre resulta ya poco funcional a la globalización alcanzada por el mercado, y ello ha hecho que se debilite la opción de considerarlo como el gran promotor para el desarrollo y bienestar económico. Como sabemos, en los últimos tiempos se ha manifestado una tendencia que deposita más su confianza en el funcionamiento casi autónomo del mercado, dejando para el Estado las actividades de regulación. El debate sobre la intervención del Estado en la economía, es decir, sobre su rol, no tiene sin embargo la misma intensidad ni el mismo sentido en todas partes, pues en algunas sociedades, por razones culturales y económicas pero también por existir amplios segmentos de pobreza, se le exige una presencia mayor y más activa (cfr. Durand, 2007)²³⁸.

En las constituciones de 1979 y 1993, con distinta intensidad, 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 obligación de respetar y garantizar para que sea real y efectivo. Pero no se trata de un derecho subjetivo absoluto, pues las democracias modernas exigen de una

²³⁸ Durand sostiene que el Perú actual está fracturado por fisuras verticales que dividen a la economía en tres: la economía formal, la informal y la delictiva.

intervención reguladora para que se restablezcan las condiciones de igualdad entre sujetos que son, básicamente desiguales, como lo demuestra la vida económica diaria, básicamente desiguales.

A pesar de sus contornos poco claros, la economía social de mercado es un sistema en que la iniciativa privada y las leyes de oferta y demanda tienen preeminencia, y en el que el Estado interviene para complementar su funcionamiento y ofrecer seguridades, cuando el propio mercado falla o cuando conductas empresariales falsean las reglas de la libre y leal competencia. En otras palabras, el concepto de economía social de mercado estima que la libre iniciativa y la libre competencia constituyen el mejor sistema para asegurar el bienestar general. Sin embargo, para lograr niveles de vida aceptables o subsanar fallas o incorrecciones en el sistema, el Estado debe intervenir haciendo uso de sus armas normativas, por ejemplo, las del derecho de la competencia.

Los límites a la libertad de empresa se encuentran en la facultad del Estado de reservarse para sí actividades económicas, pero también cuando la planificación es compulsiva y cuando puede ejercer monopolios regulados por la ley. Estos tres límites, que estaban incorporados en la Constitución de 1979, fueron eliminados en la constitución vigente, lo que consolida la idea de que es la libertad de empresa la base sobre la que se construye el sistema económico. Pues bien, el debate sobre si debe o no declararse expresamente el carácter subsidiario de la actividad económica del Estado está vinculado a la actividad empresarial del Estado, no a su capacidad normativa, que nadie cuestiona en principio sino en su intensidad o amplitud. El análisis sobre la subsidiariedad debe hacerse, además, a la luz de nuestra experiencia histórica reciente y a las posibilidades de inversión en actividades productivas por parte del Estado, teniendo como telón de fondo a sus inderogables obligaciones en urbanismo, saneamiento, seguridad, salud y educación. Así, para entender la constitucionalización del principio de subsidiariedad, debemos señalar que surge como una reacción a la expansión de la actividad empresarial del Estado durante el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980), en el cual el Estado asumió una participación directa en la propiedad de sectores vinculados a la explotación de recursos naturales —petróleo, minería, pesca—, servicios públicos, finanzas y la comercialización de los principales productos de exportación e, internamente, de los productos agropecuarios. La participación de las empresas estatales llegó a superar la quinta parte del PBI en los años siguientes a 1975. El primer censo de empresas estatales realizado en 1977 reveló que existían 174 (Álvarez Rodrich, 1995, pp. 73-74). Esta expansión del rol del Estado en la economía estaba dirigida a que se convierta en su principal agente y en el promotor y conductor del desarrollo (Álvarez Rodrich, 1985, p. 7).

El orden público económico es un concepto que opera en la práctica como un título habilitante que legitima las intervenciones limitadoras de la Administración, sirviendo de fundamento de prohibiciones, nulidades y sanciones. Frecuentemente, se lo ha utilizado para restringir el ejercicio de la libertad de empresa, esto es, afectando a las voluntades de los operadores económicos mediante la restricción de sus decisiones y acuerdos, constituyendo una limitación a la autonomía de la voluntad, pero no respondiendo a una idea preconcebida de los que en cada momento pueda entender la Administración por un buen funcionamiento del sistema económico, sino más bien una limitación que se deriva de lo establecido en la Constitución y en las leyes [...] Cabe advertir que la existencia de una intervención de carácter normativo sobre el mercado y los operadores económicos es un elemento siempre presente en la historia económica, y recientemente destinada a defender el mercado como institución, disponiendo el Estado de un mecanismo administrativo de salvaguarda, desechando la intervención puramente judicial. La defensa de la competencia económica no es pues una disciplina civil o mercantil sino una tarea propia del derecho administrativo Económico. Si fuera solo el Poder Judicial el que interviniera a través de sus sentencias sobre la genérica libertad de contratar, la libertad de empresa sería simplemente la pura capacidad de obrar de los individuos sin proyección sobre el conjunto de la sociedad.

Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica
Baldo Kresalja

Con el principio de subsidiariedad, la libertad de empresa es la regla y la intervención empresarial del Estado es 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.

Este es el principio de subsidiariedad del que tanto se habla: los ciudadanos deben, por su propio esfuerzo e iniciativa, realizar todas las actividades económicas, con los límites que señala el propio ordenamiento. 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 empresario²³⁹.

Así, 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» (cfr. Ariño Ortiz, 1979, pp. 55-106) o de utilidad nacional como fundamento de la iniciativa pública.

²³⁹ Para un desarrollo exhaustivo del tema ver Kresalja, 2015.

Subsidiariedad se equipara entonces a bien común, como precisa Céspedes (2010, p. 88). Este autor considera que la subsidiariedad se configura cuando la iniciativa privada no resulta suficiente o adecuada para satisfacer todas las necesidades del mercado (p. 156). La apreciación de las circunstancias de interés público o de utilidad nacional corresponde al Congreso de la República, y son de valoración política del legislador y no tecnocrática. Empero, una actividad o sector puede ser calificado como estratégico para el desarrollo del país sin que implique necesariamente gestión empresarial del Estado.

El párrafo final del artículo establece que la actividad empresarial pública recibe el mismo tratamiento legal que la no pública. Esto supone que cuando se habilita a la iniciativa pública, debe actuar en un plano de igualdad con los sujetos privados. Así, se debe regir por el estatuto común del sector privado. En esa dirección, la privatización encuentra justificación en toda aquella actividad económica pública desarrollada por el Estado, en la que no exista un interés público cierto y prevalente que justifique el desarrollo de esa actividad. La privatización es una medida que reordena el sector público (Serna, 1995, pp. 169-170) y puede materializarse por venta de activos o venta de acciones. Se sostiene que las estrategias de privatización están orientadas a lograr empresas más competitivas, tanto a nivel nacional como internacional (Dromi, 1991, p. 27).

Quintana sostiene —en posición que compartimos— que la interpretación sistemática del segundo y tercer párrafo del artículo 60 determina como regla general que la empresa pública solo puede operar con carácter subsidiario (esto es, sin competencia con el sector privado), admitiendo que por excepción el Estado participe en el mercado conjuntamente o en competencia con la empresa privada. En esta excepción actuará en absoluta y completa igualdad de condiciones (sin subsidio ni privilegio alguno) con la iniciativa privada (Quintana Sánchez, 2011a, p. 316). Será de aplicación entonces la igualdad o paridad jurídica entre los competidores.

Galván puntualiza que «el mismo tratamiento legal» no significa tratamiento idéntico. En esa dirección, la legislación puede establecer diferencias justificadas por la naturaleza de las cosas que no impliquen un tratamiento arbitrario (Galván Pareja, 2016, p. 92).

En esta materia 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 del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado-FONAFE. Ese decreto señala 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 concuerda 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 prevé 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. Se ha introducido así en la norma jurídica de represión de la competencia desleal un tratamiento diferenciado que no se encuentra justificado contra la empresa pública y que trasgrede la disposición constitucional del tercer párrafo del artículo 60 que dispone el mismo tratamiento legal para la empresa pública y privada (p. 96). Parecería entonces que los decretos supremos 1031 y 1044 persiguen no solo delimitar la actuación de empresas estatales sino desaparecerlas o hacer muy difícil su permanencia en el mercado, bajo la inspiración del neoliberalismo. Se ha reinterpretado el principio de subsidiariedad desde esa óptica, que asume la concepción de un Estado abstencionista.

Debe anotarse que definir la subsidiariedad de la iniciativa pública requiere de una ley de desarrollo constitucional del artículo 60 de la Norma Suprema, que no puede regularse vía un decreto legislativo del Poder Ejecutivo. 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 su alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, y no le corresponde al órgano administrativo —como el Indecopi— la revisión de esta calificación. La Constitución dispone que la aplicación del principio se debata en el Congreso de la República con criterios de valoración política. Asumir que la aplicación del principio puede ser revisada por un órgano administrativo es trastocar gravemente el orden democrático constitucional.

Es preciso recordar que el artículo 60 de la Constitución no solo exige la dación de una ley expresa que autorice el nacimiento o funcionamiento de una empresa estatal, sino que además esta debe recibir el mismo tratamiento que una empresa privada, materia habrá que analizar con cuidado en la práctica. Si bien ya no hay muchas empresas estatales en actividad, dado el proceso de privatización ocurrido durante la década de 1990, no se sabe con certeza si todas cuentan con una ley que las autorice a funcionar como tales y si, además, cuentan con algunas prerrogativas diferentes a las privadas por razones históricas o de conveniencia social. Este ya no podría ser el caso a partir de la vigencia de los dispositivos legales antes citados.

Más bien podría pensarse que lo que se persigue, frente a un requerimiento público de cualquier empresa privada nacional o extranjera es alentar la desactivación de la empresa estatal para dar lugar a su posterior privatización, sin ponderarse debidamente su contribución a la sociedad en su conjunto. Esta posible interpretación, de claro contenido ideológico, no cambia nuestro parecer sobre el papel en muchos casos negativo que han tenido las empresas públicas en el Perú durante el último medio siglo, pero pone una interrogante que es pertinente aclarar, principalmente frente a empresas regionales o municipales creadas para brindar servicios públicos que no interesan al sector privado.

Nada de lo anterior parece alterar lo dispuesto por el decreto supremo 034-2001-PCM del 6 de abril del 2001, modificado por decreto supremo 011-2002-PCM, en virtud del cual se delimita y autoriza la actuación del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) en el desarrollo de actividades empresariales que, con carácter subsidiario, realiza el Estado. En su artículo 1 señala que dicho fondo es el encargado de cautelar que esa actividad empresarial se sujete a los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 60 de la Constitución; y en su artículo 2 que el desarrollo de esas actividades empresariales solo podrá darse en tanto subsistan las condiciones que justificaron la autorización expedida por ley expresa, pues en caso contrario el FONAFE podrá disponer su reestructuración o solicitar su inclusión dentro de un proceso de privatización. Más aun, en el artículo 3 prohíbe el desarrollo de esas actividades empresariales por parte del Estado en aquellos mercados en que la oferta de las empresas privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente, y que se presume que ello es así cuando operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí, lo que es de aplicación inclusive a los sectores Defensa e Interior.

Por su parte, el artículo 4 dice textualmente:

En la delimitación del alcance de la actividad empresarial que con carácter subsidiario desarrolla el Estado, FONAFE deberá tomar en cuenta lo siguiente: a) las condiciones de competencia en el mercado; b) la situación de la oferta privada en la provisión y/o prestación de los bienes y/o servicios de que se trate; c) la subsistencia de un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para el suministro de los bienes y/o servicios; d) la conveniencia de optar por la provisión directa frente a otras opciones de intervención del Estado.

El contenido del D.S. 034-2001-PCM precitado, a pesar de su importancia y de su extremismo neoliberal, no ha sido motivo de debate y comentario por parte de los especialistas y políticos, consecuencia quizá de haberse puesto en vigencia pocos meses antes que terminara el Gobierno provisional presidido por el Dr. Valentín Paniagua.

Puede adelantarse, sin embargo, que constituye una «camisa de fuerza» más exigente que la propia norma constitucional, y que lo que persigue es desaparecer o hacer muy difícil la actividad empresarial del Estado.

Además de lo previsto en las precitadas normas, cualquier entidad del Estado podrá desarrollar actividades de prestación de servicios o producción de bienes que concurren con la iniciativa privada, siempre y cuando no sean de naturaleza empresarial y se ejerzan en el marco de sus fines y funciones, lo que requiere un análisis técnico-jurídico en cada caso (Galván Pareja, 2016, p. 90). Asimismo, consideramos que el Estado puede desarrollar actividades de prestación de servicios públicos sociales en concurrencia con empresas privadas y a su vez cobrar a quienes puedan pagar (Súmar, 2011).

Otra cuestión interesante es si puede debatirse la existencia de límites constitucionales a los procesos de privatización. En ese sentido, pese a la marcada influencia neoliberal del régimen económico de la Constitución de 1993, el Estado no puede dejar la totalidad de la actividad económica al libre juego de los agentes económicos privados. Existen determinados sectores que precisan de intervención económica para la consecución de los fines del orden económico constitucional (Serna, 1995, p. 191). Así, el artículo 58 de la Constitución establece que «el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura». Estas áreas, a juicio del constituyente, requieren una atención prioritaria del Estado. En ese sentido, las exigencias del Estado social de derecho y de los derechos económicos, sociales y culturales modulan de manera significativa la aplicación de medidas privatizadoras en razón de la materia (p. 192). El principio de subsidiariedad no puede ser objeto de una lectura neoliberal, dado que la interpretación abstencionista colisiona con otros principios constitucionales, como el de solidaridad (Segovia Olave, 2017, p. 115). Como señala Hugo Herrera en la doctrina chilena:

La paradoja es que con esta aplicación ‘liberal’ del principio se daña no solo el interés general del país, sino el propio funcionamiento de la economía de mercado. Pues se ha visto que la combinación de subsidiariedad preponderantemente negativa y el severo resguardo de la propiedad individual ha permitido que el poder económico en Chile se vuelva oligopólico a tal punto que casi todo debemos comprarlo en cadenas; además, la ausencia de actores suficientes entorpece la sana competencia y vuelve más fáciles la colusión y los abusos (Herrera, 2015, p. 117).

En el Perú, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha precisado los alcances de la intervención del Estado en las relaciones económicas, en la sentencia del expediente 0008-2003-AI/TC, expedida el 11 de noviembre de 2003,

correspondiente al caso Roberto Nesta Brero contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia 140-2001, en los siguientes términos:

La labor del cuerpo político, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, no puede ser asociada a la idea de que tenga por regla incidir en la esfera de libertad de los agentes económicos. Su intervención, en lo que al funcionamiento de regular del mercado se refiere, debe configurarse como excepcional. Y es que toda regulación estatal debe justificarse por la presencia de una falla del mercado, es decir, por una situación en la que el libre juego de la oferta y la demanda y el régimen de libre competencia impidan alcanzar una asignación eficiente de recursos, lesionando intereses públicos (fundamento jurídico 49).

De leerse esta declaración de modo aislado, parecería que el supremo intérprete de la Constitución asume un sesgo excesivamente liberal. No es así, por cuanto reconociendo la libertad del mercado, reconoce la rectoría del Estado vigilante, garantista y corrector. Así, el fundamento 35 sostiene que:

Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora. Ello, sin duda, es consecuencia de que, así como existe consenso en torno a las garantías que deben ser instauradas para reservar un ámbito amplio de libertad para la actuación de los individuos en el mercado, existe también la certeza de que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva.

Este Colegiado, en tal sentido, conviene con Pedro de Vega cuando puntualiza que «el mercado no funcionó nunca sin los correctivos y los apoyos del Estado», y que, «ante la amenaza de conflictos sociales que el mercado no puede resolver ni soportar, y ante el riesgo permanente del caos interno, nada tiene de particular que se haga imprescindible recurrir al Estado como instrumento de regulación y control, por la única instancia capaz de crear las condiciones para que el sistema económico obtenga la mínima lealtad de las masas» (*Neoliberalismo y Estado*, op. cit., pág. 34-35) (cursiva agregada).

En la STC Exp. 001-2014-PI/TC caso Colegio de Abogados del Callao c. Poder Ejecutivo, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 del decreto legislativo 1147, considerando que la norma en cuestión autorizaba a la Dirección de Capitanías y Guardacostas a realizar actividad empresarial. El Supremo Tribunal determinó que el artículo 60 de la Constitución requiere habilitación expresa de una ley emitida por el Congreso de la República (fundamento 61).

2.6. Su 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, y que fue fruto de un acuerdo entre el socialcristianismo del Partido Popular Cristiano —que lo impulsó— y la socialdemocracia representada por el APRA. Después ha hecho fortuna, pero su inclusión en la Carta vigente de 1993 fue prácticamente impuesta por la opinión pública, ante la renuencia del neoliberalismo absoluto promovido y representado por el fujimorismo en el llamado Congreso Constituyente Democrático de 1992. Como ha señalado Kresalja:

El concepto de economía social de mercado enmarca el ejercicio de la libertad de empresa constitucionalmente reconocida y permite al Estado hacer uso de una de sus armas principales, cual es el caso de las normas del derecho de la competencia, a lo que suma su capacidad normativa, la supervisión y actuación de los concesionarios en el ámbito de los servicios públicos y, excepcionalmente, su intervención como agente económico. Cuando nuestros textos constitucionales disponen que la libre iniciativa privada y la libertad de empresa se ejercen en el marco de una economía social de mercado, esta implícitamente haciendo posible a los partidos políticos democráticos representantes de distintas ideologías plantear y presentar a sus electores diversos programas gubernamentales de política económica y social, los que no podrán —claro está— transgredir los valores incorporados en los principios constitucionales, así como tampoco el contenido esencial de la libertad de empresa. En efecto, tanto la Constitución de 1979 como la de 1993 reconocen con toda claridad que la iniciativa privada libre en el ámbito económico y la libertad de empresa (derecho de la persona según los arts. 2.16 y 2.17, respectivamente), deben ejercerse en el marco de una economía social de mercado (arts. 115 y 58, respectivamente) (Kresalja, 2004, p. 528).

La expresión «economía social de mercado» tiene un contenido flexible. 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.

Sin embargo, dentro de esta concepción también se acepta que el Estado tiene el rol de 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 empujarnos 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 tener flexibilidad para enfrentar los retos actuales.

En una economía social de mercado, el rol del Estado es subsidiario en lo económico y están plenamente garantizados los derechos fundamentales a la propiedad privada, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación. Sin embargo, el ejercicio de la actividad económica no puede ser, en ningún caso, lesivo a esos derechos fundamentales.

2.7. Objetivos actuales

En nuestros días, el concepto de economía social de mercado ya no tiene solo como sus objetivos prioritarios la libertad económica y la justicia social, sino que debe hacer frente a nuevos condicionamientos económicos, sociales y políticos, especialmente al reto ecológico y al reto ético. En lo que se refiere al primer aspecto, el paradigma de la posmodernidad no está dispuesto a hacer de la naturaleza una simple mercancía, ni a explotarla y depredarla, pues se amenaza a la existencia de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida en todo el mundo. Ello obliga a promover una forma de producción viable desde el punto de vista social y del medio ambiente. En lo que se refiere al reto ético, diversas iniciativas ciudadanas han protestado de distintas formas por las actuales condiciones económicas, sociales y políticas en virtud de las cuales millones de personas viven en la pobreza e ignorancia extremas, considerándose a la mano de obra como una mercancía. En otras palabras, sin abandonar sus objetivos tradicionales, la tarea de hoy es la construcción de una economía social de mercado con objetivos ecológicos y fundamento ético. Y esa construcción no puede solo hacerse, dado el contexto de globalización en el cual vivimos, para el ámbito nacional, sino que debe tener una dimensión global o planetaria, entre otras razones porque los retos ecológicos y éticos deben ser considerados globales (Küng, 1999, p. 218).

Es pertinente recordar que las relaciones de intercambio económico de la sociedad no tienen solo una motivación económica, sino que además son una forma de comunicación y un signo de simpatía y buena vecindad. En efecto, los seres humanos

no solo actúan de acuerdo con máximas de racionalidad económica y sus logros no son solo determinados por intereses materiales; además, no todas las necesidades del hombre pueden satisfacerse con los productos de la economía ni revertir en beneficio de todos el que cada uno persiga sus propios intereses. Así, pues, «para su bienestar, buena convivencia y felicidad, los seres humanos necesitan constantemente y en todas partes algo más que la simple economía de mercado» (p. 221). En efecto, la economía social de mercado no es un fin en sí misma, sino que debe estar al servicio de las necesidades del hombre y servir para incrementar la democracia, no para sustituirla o deformarla.

La economía social de mercado, al asumir sus nuevos retos, puede ser un vehículo que facilite la instauración de una democracia plena en la que estén satisfechas las necesidades materiales indispensables para que todas las personas puedan actuar como auténticos ciudadanos. Acudimos a Küng, quien señala sobre la democracia que «ha de entenderse más bien éticamente: como un contrato social justo para todos, que se funde en un consenso básico sobre derechos y deberes humanos universales, y en el que ciertamente no todo hombre sale ganando de antemano, pero cada uno es reconocido fundamentalmente como persona y como sujeto de derechos» (p. 221).

Como es bien sabido, hay dos modelos o sistemas básicos de organización económica: uno presidido por la libre iniciativa económica y la libre decisión empresarial y otro, llamado de dirección o planificación central, presidido por las decisiones de la autoridad estatal y por la propiedad colectivizada de los medios de producción. Estos dos modelos teóricos no se dan en estado puro en la realidad, pero si existe un conjunto de tipos intermedios, a veces llamados de economía mixta, en los que se combinan los dos sistemas de decisión y de propiedad. La opción por uno u otro sistema, o por alguna de sus modalidades intermedias, no es solo una cuestión de eficiencia económica, aunque esta sea un factor muy importante. Lo que determina la elección de las gentes es el sistema de valores en el que cree: ese conjunto de creencias, saberes preferencias y convicciones sociales que presiden en cada momento la vida social.

Pues bien, en el orden de las ideas y valores, hay dos principios esenciales, aparentemente contradictorios, que han jugado siempre como polos de tensión en la configuración del orden social: uno de ellos es el principio de libertad individual y subsidiariedad estatal, otro el principio de igualdad de todos los hombres y de solidaridad social. El primero encuentra soporte básico en el derecho de propiedad en el sistema de mercado como instrumento de asignación de recursos y satisfacción de necesidades. El segundo se encuentra en el Estado social, como titular colectivo de bienes y actividades económicas y como portador de prestaciones para todos, su modelo operativo. En la adecuada articulación de ambos principios, en cada momento y en cada lugar, radica una de las claves del Estado moderno.

Principios de derecho público económico
Gaspar Ariño Ortiz

Ahora bien, la iniciativa privada no puede desarrollarse de modo opuesto al interés general o social o con menoscabo de los principios constitucionales que protegen la libertad y la igualdad. Nos dice César Landa, expresidente del Tribunal Constitucional, que:

La economía social de mercado es el modelo económico del Estado social de derecho. En esta concepción no puede haber neutralidad cuando un alto porcentaje de población vive en condiciones de pobreza severa; de ahí que para superar tal condición tanto el Estado como los particulares tienen un deber que cumplir, una acción decidida a fin de promover las condiciones para que la dignidad humana sea efectiva (Landa, 2002c, pp. 7-8).

El debate sobre la subsidiariedad ha oscurecido un tema en el cual el Estado sí debe tener una presencia activa, que es el de los servicios públicos económicos esenciales para el logro de un nivel de vida acorde a las necesidades humanas, entendidas en un sentido amplio y moderno. Ese es el papel que debería ser enfatizado en nuestro actual estado de desarrollo y, además, porque existen en nuestra población tan grandes desigualdades. Si se hubieran puesto de relieve con más énfasis tanto la necesidad como la intensidad de la intervención del Estado en los servicios públicos económicos, el debate sobre la subsidiariedad de la actividad económica del Estado, esto es, el de su intervención en su calidad de empresario, habría sido menor.

2.8. Síntesis

En síntesis, las características fundamentales de la economía social de mercado son las siguientes (ver Tietmeyer, 1980, p. 30):

- 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.
- Sus funciones pueden peligrar por la formación de carteles y la concentración de poder económico, por lo que es pertinente una legislación *antitrust*.
- El mercado y la competencia funcionan de manera óptima cuando el Estado establece normas claras e inequívocas por intermedio de su sistema monetario y su 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 subsidiariedad, en virtud del cual lo que el individuo puede hacer por propia iniciativa no debe hacerlo la comunidad o el Estado.

CAPÍTULO 12

LA LIBERTAD DE EMPRESA

Artículo 59. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

1. LA LIBERTAD ECONÓMICA: ENCUADRE JURÍDICO Y POLÍTICO

La libertad económica es, sin discusión, uno de los grandes principios de orden económico de la civilización occidental y jurídicamente inspira todo el derecho patrimonial (Martín-Retortillo Baquet, 1988, pp. 125-126). Es, además, uno de los fundamentos más invocados por las constituciones económicas modernas y así lo ha sido también en las constituciones peruanas. «La libertad económica es, sin duda alguna, la fórmula actualizada de la libertad de comercio e industria, cuyo reconocimiento generalizado arranca también de la revolución francesa. En definitiva —dice Martín-Retortillo—, en cuanto constituye una expresión más del derecho de libertad» (p. 125).

Surge como grito económico de la burguesía triunfante frente a la organización gremial colectivista, que determinaba quién podía ejercer el comercio; y a la regulación asfixiante del Estado, que se manifestaba, por ejemplo, en un sistema de aduanas interiores que impedían y obstaculizaban el intercambio. La libertad de empresa tiene su origen en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, que aunque no la menciona expresamente —como ocurre con otras libertades—, para la doctrina ese silencio no es obstáculo para su reconocimiento implícito. Además, la libertad de comercio e industria aparecerá explicitada muy poco después en el Decreto d'Allardes, norma de carácter fiscal, en marzo de 1791 (p. 126).

Esa libertad económica —en un tránsito que se inicia en la revolución Francesa y que llega a nuestros días— paulatinamente protegerá nuevos intereses, autónomos y diferenciales, que el capitalismo hará 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.

En efecto, para Bassols, históricamente la afirmación de la libertad de comercio e industria remite a:

Una representación ideológica superada —la expresión de una reacción frente al orden económico corporativo del Antiguo Régimen y como pretensión de la gestión de la economía como un modo privativo de los particulares e infranqueable por el Estado— y a una realidad económica transformada: la actividad económica actualmente, se centra más en la producción masiva de bienes y servicios que en la simple idea de cambio de mercancías a la que parece vinculada la expresión tradicional de comercio e industria (Bassols, 1985, p. 134).

Como recuerda ese autor, esa actualización conceptual se ha hecho a costa de introducir un concepto de difícil precisión jurídica: la empresa. De lo que no cabe duda es de que el término «libertad de empresa» es ahora de uso generalizado y sustituye comprensivamente a la libertad de comercio e industria, pero dándole una riqueza y sentido de que antes carecía. La fórmula actualizada de la libertad económica es pues, hoy día, la libertad de empresa.

La mayoría de los preceptos económicos constitucionales albergan una compleja problemática, más aún cuando suelen remitir a cuestiones metajurídicas —ideológicas, históricas o socioeconómicas—, susceptibles, por tanto, de variadas interpretaciones. Es entonces preciso separar, para su interpretación, los núcleos esenciales de los preceptos jurídicos constitucionales (p. 132 ss.), que son los que dan sentido y dirección al ordenamiento. Tal es el caso del reconocimiento de la libertad de empresa en cuanto derecho fundamental de los ciudadanos, condicionada o modulada por el parámetro de la economía social de mercado.

Para llevar adelante su labor creadora —un proyecto comercial que se manifiesta en una empresa—, el empresario, sea persona natural o jurídica, requiere de libertad, tanto para darle impulso como para adaptar la empresa, en cada momento y lugar, a su entorno y a las necesidades y preferencias de los consumidores. Sin libertad, dice Ariño, podrá haber propiedad (con su *ius utendi, fruendi et disponendi*), pero no empresa; será, en todo caso, una organización burocrática, estatizada o no (Ariño Ortiz, 1999, p. 212).

Como sabemos, algunos de los derechos sobre los que se apoya el sistema capitalista están presentes o informan muchas instituciones jurídicas. Dentro de ellos se cuentan, por ejemplo, el reconocimiento a la propiedad privada de los medios de producción, así como la libertad de iniciativa, lo que permite el lucro y la acumulación de capital característicos de aquel sistema. Este reconocimiento suele acompañarse de la exigencia de que la actividad económica pública tenga carácter subsidiario.

La escuela clásica de la economía —cuyo inicio suele reconocerse con la publicación de *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* de Adam Smith en 1776— si bien reconocía que la búsqueda de bienestar personal motiva la competencia entre los individuos como una forma de autorrealización y que el sistema competitivo era el menos malo de los sistemas económicos posibles, desde temprano también reconoció las imperfecciones que podían presentarse en tal sistema, sea por la conducta de los comerciantes y monopolistas, contraria al interés del público, sea por la de los propios políticos inclinados a la demagogia²⁴⁰. Décadas después, la aparición de los sindicatos, la recesión y el poder de los monopolistas harían posible que se legitime la intervención del Estado en la economía, siendo una de sus primeras manifestaciones legislativas las leyes *antitrust*. Así, en los albores del siglo XX aparece un cambio significativo en el rol del Estado en la economía, cuando este —en lugar del mercado— asume parcialmente el papel de redistribuidor de riqueza y de planificador.

Más allá de las posiciones ideológicas en relación a esos fenómenos de la historia económica, no cabe duda de que ello significó un cambio de gran magnitud en la organización económica de los países occidentales, pues, como señala Viciano:

De un sistema basado en unidades de fabricación/distribución que automáticamente determinan precios y condiciones de venta de productos que, al competir entre ellos, serán siempre los más beneficiosos para la colectividad, se pasa a un sistema en el que el objetivo es el crecimiento sostenido y en el que el sector público deberá suplir las deficiencias de la empresa privada; de esta forma, los poderes públicos se convierten en uno de los principales demandantes de bienes y/o servicios, intervienen mediante empresas públicas en la producción de bienes y en la prestación de servicios o modifican las condiciones naturales del mercado mediante la planificación. En pocas palabras, los poderes públicos encuentran legitimación para intervenir directa o indirectamente en la economía (Viciano, 1995, pp. 52-53).

²⁴⁰ Dice Viciano (1995) que A. Smith era conocedor de la difícil tarea que implicaba la instauración de un sistema de comercio libre para eliminar el sistema feudal. Y a modo de ejemplo hace la siguiente cita de A. Smith: «esperar que la libertad de comercio se restaure por entero algún día en Gran Bretaña es tan absurdo como esperar que una utopía se estableciera alguna vez en ella. No solo los prejuicios del público, sino, lo que es mucho más difícil de lograr, los intereses privados de muchos individuos se oponen irresistiblemente a ello» (p. 46).

Las ideas de J.M. Keynes sustentaron esa nueva visión y se aplicaron con moderación en la mayoría de las democracias capitalistas después de la Segunda Guerra Mundial, e hicieron regresar con fuerza los planteamientos de la escuela clásica, sea por centrar su análisis en aspectos macroeconómicos o por ser incapaces de plantear soluciones a los problemas económicos que se presentaron a finales de la década de 1960²⁴¹. Estos planteamientos, con el nombre de neoliberalismo, defienden la limitación de la intervención estatal, por considerar que restringe o elimina los mecanismos de mercado, e introduce criterios de eficiencia y economicidad en el sector público y la privatización de empresas públicas, «escuela de pensamiento que confía la labor de protección del sistema económico en las disposiciones de defensa de la competencia» (Viciano, 1995, p. 54). Ha sido esta posición la que se quiso aplicar en el Perú en la década de 1990, así como en otros países latinoamericanos, pero hoy se encuentra cuestionada por distinguidos economistas (ver Stiglitz, 2003; Rivero, 2001; Parodi, 2000; Sheahan, 2001). No ha terminado el debate y no se ha hecho aún un balance desapasionado, pero no cabe duda de que será muy difícil que en los próximos lustros las ideas neoliberales vuelvan a aplicarse con la intensidad y la pasión con que se hizo entonces, pues no han contribuido entre nosotros a superar los graves índices de desigualdad y eliminar la pobreza extrema, así como tampoco a trazar una ruta que lleve a superar la cada vez mayor brecha científica y tecnológica.

Ahora bien, la amplitud que en un momento determinado pueda tener en un país la libertad económica es el resultado de múltiples variables, que sería largo analizar. Las posiciones sobre políticas económicas van desde la defensa de la libertad económica eliminando casi cualquier intervención estatal, principalmente en el ámbito empresarial, y ven en la legislación de protección a la libre competencia el correctivo por excelencia de los posibles abusos y colusiones, reduciendo al mínimo la discrecionalidad de la Administración; hasta aquellos que consideran al principio de libre competencia plenamente disponible y la legislación encargada de defenderla como un conjunto normativo que puede con frecuencia dejarse de lado, por ser incapaz de resolver o restaurar las fallas del mercado. Entre ambas se mueven un conjunto variado de posiciones. Todas son, creemos, válidas y legítimas, en tanto respeten los principios político-jurídicos, explícitos o implícitos, incorporados en la Constitución política.

Como señala acertadamente Viciano sobre el principio de legalidad para la ablación de la libertad de los ciudadanos, «el sometimiento de la Administración a la legalidad nos hace concluir, en primer lugar, que cualquier intervención de los

²⁴¹ Dice al respecto John Kenneth Galbraith: «Para la defensa de la empresa privada contra el Estado es de vital importancia la preservación del mercado clásico. Si el mercado, en términos generales, funciona óptimamente, los que tienen que justificar su actitud son quienes reclaman la intervención o la regulación del Estado» (1992, p. 312).

poderes públicos en la economía [...] ha de estar fundamentada en los derechos y libertades reconocidos en la Constitución [y] tiene como límite precisamente esos derechos y libertades y, en concreto, la libertad de empresa que [...] es el fundamento del sistema económico constitucionalizado» (Viciano, 1995, p. 102).

En efecto, todas las intervenciones de la Administración deben estar sometidas a los principios constitucionales. Nadie discute la necesidad de estas intervenciones, y el debate se centra en su extensión o sentido; por tanto, «a la hora de enjuiciar la intervención de la Administración en la economía, partimos de un pre-juicio: esta debe estar sometida a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, es decir, a la ley y al Derecho» (Viciano, 1995, p. 101). De otro lado, si se trata de construir un Estado social y democrático, no puede ponerse en duda que este está facultado para intervenir en la tutela del interés público; sea únicamente como regulador o mucho más intensamente, pudiendo llegar incluso a ser titular de empresas públicas. Por ello, es fundamental conocer los límites que establece la Constitución, el contenido esencial de los derechos reconocidos y si se requiere, en ciertos casos, de habilitación legal expresa.

Resulta fundamental el estudio de la libertad de empresa, pues en ella se sustenta la consecución de uno de los objetivos que la constitución vigente asigna al sistema económico: 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 a intervenir, en el marco de la economía social de mercado, para «garantizar, frente a los abusos en el ejercicio de la libertad cometidos por los particulares, la supervivencia de un sistema económico de mercado orientado al interés público» (p. 27); y que el Estado democrático y social de derecho es el escogido para edificar y fortalecer, recuperando el objetivo consensuado que estuvo incorporado en el artículo 4 de la Constitución de 1979 y que la Carta Fundamental de 1993 había querido desterrar.

Como tendremos ocasión de ver, nuestros textos constitucionales han reconocido históricamente el derecho individual a ejercer actividades económicas, asumiendo que ello repercutirá en beneficio de la sociedad siempre que esas actividades sean compatibles con el interés público, y que traerán bienestar a los ciudadanos. Como señala Viciano sobre la indispensable intervención del Estado para garantizar el bienestar general, «este difícil y complicado balance —que busca el bienestar general a través del interés particular— requiere de intervención que evite los abusos del ejercicio individual de los derechos y que oriente la actuación de los particulares hacia el bienestar de la colectividad, pero sin impedir de forma innecesaria el ejercicio individual de la libertad de empresa» (p. 28).

2. LA LIBERTAD DE EMPRESA: NATURALEZA DEL DERECHO ECONÓMICO FUNDAMENTAL

La determinación de la naturaleza jurídica de la libertad de empresa no responde a una simple elucubración teórica, sino que exige una precisión esencial para su regulación posterior. Se trata de un requerimiento que se origina en que su reconocimiento ya no parte de lo que se dice en el derecho mercantil, que ha desarrollado ese tema a partir de la noción de empresa, sino que ahora viene determinado por la Constitución, como parte del orden supremo que se ha definido como democrático y social.

Por la ubicación y contenido que la Constitución da a la libre iniciativa —que se confunde con la libertad de empresa—, esta tiene el carácter de derecho económico fundamental²⁴². 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 política, económica, social y cultural de la Nación». El antecedente de las precitadas disposiciones se encuentra en la Constitución de 1979 en sus artículos 115 y 2.16. A su vez, hay que citar como antecedente en el derecho comparado al artículo 41 de la Constitución italiana de 1947:

La iniciativa económica privada es libre.

No puede desarrollarse si se opone a la utilidad social o cuando cause daños a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana.

La ley determinará los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública o privada pueda orientarse y coordinarse con fines sociales».

De otro lado, la Constitución peruana del 79 en su artículo 131 señalaba que «El Estado reconoce la libertad de comercio e industria»; mientras que la de 1993, en su artículo 59, afirma más ampliamente que el Estado garantiza «la libertad de empresa, comercio e industria».

La doctrina considera que los derechos fundamentales deben responder a un triple carácter: en primer lugar, ser reflejo de los derechos de la persona al interior de la Constitución; en segundo lugar, funcionar como elementos subjetivos incorporados al sistema democrático, tales como el derecho al sufragio, la libertad de expresión o de

²⁴² Sin embargo, no hay unanimidad en la doctrina a este respecto. Para el caso español, por ejemplo, fundamentalmente por la ubicación de los artículos en el texto constitucional, y por la subordinación de toda la riqueza y la actividad pública y privada al interés general según el artículo 38, que no tiene disposición similar en las constituciones peruanas, algunos autores consideran que la libertad de empresa y la propiedad privada no son derechos fundamentales (ver Juan, 1984, p. 138). La opinión mayoritaria está, sin embargo, a favor de considerar a la libertad de empresa como un derecho fundamental (ver Soriano, 1998, p. 85 ss.; Paz-Ares & Alfaro, 2003b, p. 9 ss.).

asociación; y, en tercer lugar, ser expresión de la dualidad sociedad-Estado, inherente a un sistema en el que el poder político presupone otras formas de poder o, cuando menos, ámbitos de actuación individuales y sociales distintos del estatal e igualmente legítimos (Soriano, 1998, p. 86). Si, de otro lado, los tribunales optaran por una interpretación restrictiva frente a los numerosos derechos mencionados como fundamentales, ello llevaría muy probablemente a incluir entre aquellos únicamente a los vinculados a las llamadas «libertades públicas», y a considerar a aquellos otros —entre los cuales se encuentran por ejemplo el derecho a la propiedad y los derechos sociales fundamentales— solo como derechos constitucionales. Para encontrar la respuesta más adecuada, será necesario conocer el texto constitucional y apreciar si a todos los derechos mencionados como fundamentales no solo se les garantiza, sino que se les reconoce tutela mediante los llamados procesos constitucionales.

Es preciso dejar anotado que el tema que venimos tratando es debatible y además relevante, pues como apunta Correa-Henao, en esta larga cita,

Los derechos fundamentales son las piezas del sistema en torno de las cuales gira el entendimiento de las normas en general, de las instituciones, del ejercicio de las competencias y ahora también de las libertades; una importancia que se expresa en ser ellos los bienes jurídicos que contemplan los ámbitos más preciados y que por tanto menos se pueden restringir y más han de ser protegidos por el Estado. La trascendencia del asunto es directamente proporcional a la dificultad de dar una respuesta cerrada y cierta de lo que hace a un derecho algo fundamental para el Ordenamiento. El proceso de constitucionalización de las libertades y derechos, nutrido del decurso de la historia, por la cultura y por hechos singulares, ha dado lugar a que los contornos de lo fundamental sean imprecisos e inestables, y en ese tanto amplios deban ser los espacios de la configuración jurídica sujetos a las improntas sociales, a las ideologías, a las mayorías políticas elegidas democráticamente. Cuestionar si la libertad de empresa es un derecho fundamental, no es por tanto solo un argumento radical de interés para la academia y la teoría jurídica. Es un asunto que busca determinar cuánto de veras se salvaguarda y en qué medida, con qué grados de libertad negativa y positiva, de igualdad y de prestación, de mínimos vitales, eso de ser libre económicamente y eso de serlo en lo básico o esencial, según el Derecho supremo del Estado. Un asunto cuya racionalidad pende del valor intenso o débil que se dé a la Constitución, de que sea un «derecho constitucional» o declarado con el rango normativo más alto y lo que tales condiciones derivan: la necesidad de preservar que las relaciones económicas, en la estructura subjetiva de los derechos que se ejercen y en su función de ensamble constitucional, permitan el ejercicio de la libertad en aquello que resulta constitucionalmente indispensable para la persona humana y para el conjunto social (Correa-Henao, 2008, p. 290).

Dicho lo anterior, resulta natural que haya quienes consideran a la libertad de empresa como un derecho económico fundamental y quienes lo niegan²⁴³. No entramos en ese debate, solo lo dejamos anotado, pues nosotros sí asumimos que se trata de un derecho fundamental. En primer término, porque la libertad de empresa es la garantía de la existencia de una economía de mercado. Se trata de una libertad individual frente al Estado y no frente a otros particulares que no están vinculados por el derecho fundamental del otro empresario. Por cierto, en la medida en que está reconocida constitucionalmente, obliga a los poderes públicos a proteger el derecho fundamental de cada ciudadano frente a las actuaciones de terceros que puedan lesionarlo.

En la doctrina, Paz Ares y Alfaro Águila-Real (2002) sostienen la relevancia de la libertad de empresa para el libre desarrollo de la persona, de modo que el fundamento último de la libertad de empresa se encuentra en el ámbito de la libertad individual y del valor superior de la dignidad de la persona humana (p. 359).

Castillo Córdova acepta que hay un ámbito subjetivo y un ámbito objetivo de los derechos fundamentales, que a su vez son complementarios:

Todos los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido, uno subjetivo que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que por tanto exige la abstención por parte del Poder público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del Poder público de realizar acciones positivas a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de la realidad (Castillo Córdova, 2002, III, p. 40).

Ello significa que no solo se debe reconocer en los derechos fundamentales un conjunto de facultades de hacer por parte de su titular (dimensión subjetiva), sino además la obligación del Estado de favorecer el ejercicio pleno de aquellas (dimensión objetiva). Esta dimensión objetiva no habilita a cualquier tipo de intervención, sino a aquellas que son necesarias y adecuadas para la promoción y plena vigencia del derecho fundamental: de un lado, abstención estatal, en cuanto se prohíbe su injerencia en la realización de determinadas facultades; y, de otro, exigencia de esa intervención para favorecer el ejercicio pleno de esas facultades.

El legislador tiene un cometido positivo en el plano de los derechos fundamentales, al ser un ejecutor de la Constitución para su efectiva puesta en práctica y contribuir a la efectividad de cada derecho y de los valores superiores que representa,

²⁴³ En la doctrina desde el garantismo de Ferrajoli debe citarse a Abramovich & Courtis (2002, pp. 224-234), quienes no consideran en la categoría de «derechos económicos, sociales y culturales» a la libertad económica.

aun en caso de que no exista pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Como bien señala Rodríguez Piñero, los derechos fundamentales requieren de instrumentos de tutela judicial efectiva, pues «serían meras declaraciones, y así lo fueron durante mucho tiempo, si no vienen acompañados como auténticos derechos subjetivos de garantías adecuadas para asegurar su real eficacia jurídica con posibilidad de su protección judicial» (Rodríguez Piñero, 1997, p. 31).

Los derechos fundamentales desarrollan, además, una función innovadora en la creación del derecho positivo, pues son los puntos de apoyo para una reconstrucción permanente de los derechos humanos en todo el ordenamiento, incluido el derecho privado.

La protección de la libertad de empresa mediante el proceso de amparo, aunque es importante para su consideración como derecho fundamental, en cuanto índice procesal, no le es esencial. En efecto, no todos los derechos susceptibles de amparo constitucional son fundamentales, ni todas las situaciones amparables son derechos fundamentales (Soriano, 1998, pp. 97-98), lo que está implícitamente reconocido en el inciso 2 del artículo 200 de la constitución vigente, cuando prevé su procedencia cuando se vulneran o amenazan derechos reconocidos en la Constitución que no se encuentran protegidos por otras garantías constitucionales, muchos de los cuales no pueden ser reconocidos como fundamentales²⁴⁴.

Como anota Baño Leal, sobre las dimensiones objetiva y subjetiva de la libertad de empresa «los aspectos subjetivos e institucionales aparecen inextricablemente unidos. El legislador, al regular el ejercicio de la libertad de empresa, no solo desarrolla un derecho, sino que actualiza la opción constitucional por una economía social de mercado» (Baño Leal, 1988, p. 174). Esas dimensiones, subjetiva y objetiva o institucional, se ejercen dentro de un marco general configurado por reglas que ordenan la economía social de mercado, entre ellas las que tutelan a los consumidores y usuarios, preservan el medio ambiente y respetan los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

Ahora bien, el desarrollo de una actividad económica se asienta en la libertad de empresa, y en ese desarrollo se suelen ver implicados otros derechos fundamentales. En efecto, si se realiza en grupo tendrá conexión con el derecho de asociación; en relación a los medios utilizados, con el derecho de propiedad; en las comunicaciones y la publicidad, con la libertad de expresión, etcétera, pero el hecho de que las otras libertades o derechos se ejerciten en el ámbito de la libertad de empresa no disminuye un ápice su protección constitucional.

²⁴⁴ En ese mismo sentido, el inciso 25) del artículo 37 del Código Procesal Constitucional —que enuncia los derechos tutelados por el amparo— establece que procede en defensa de: «Los demás que la Constitución reconoce».

La libertad de empresa en cuanto auténtico derecho subjetivo es la base, el apoyo sobre el cual se construye el sistema económico constitucional. El reconocimiento unánime que los textos constitucionales hacen a la libertad de trabajo, esto es, al derecho que tienen todos los ciudadanos para elegir la profesión o el oficio que deseen, comprende, justamente, el de actuar por cuenta propia y ganarse la vida de manera independiente del Estado, que será el supuesto elegido por el empresario. Y si a ese derecho a la libertad de trabajo se le agrega el reconocimiento constitucional a la libre iniciativa de la persona en materia económica, nos encontramos con la libertad de emprender²⁴⁵. De esto se deduce que para comprender a cabalidad los alcances del derecho fundamental a la libertad de empresa debe interpretarse siempre de manera sistemática con otros preceptos constitucionales.

La ubicación en varios textos constitucionales del derecho a la libre iniciativa dentro del capítulo económico 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 de hacerlo efectivo²⁴⁶. Esto equivale a que el titular del derecho podrá acudir a los tribunales de justicia cuando otro sujeto, público o privado, lesione ese derecho.

Los derechos fundamentales son consustanciales a la dignidad del ser humano, a la libertad y la igualdad. Y la libertad solo tiene sentido si es también susceptible de ser ejercida por otros. Si los derechos fundamentales son atribuibles de manera directa como derechos subjetivos que los ciudadanos ejercen unos frente a otros, qué duda cabe que es también así en el ámbito económico. Así, al generalizarse ya no es ese derecho subjetivo implícito en las constituciones liberales del siglo XIX, que era un derecho que defendía los intereses de la burguesía, de la clase de los comerciantes, del *status quo* frente al Estado que pugnaba por intervenir en la vida económica, sino

²⁴⁵ Pensemos en el caso de un país con una economía cerrada y con un régimen de planificación central como Cuba, que desde 2006 viene abriendo progresivamente su sistema económico, permitiendo la iniciativa privada en restaurantes, transporte de carga, arrendamiento de viviendas, entre otras actividades que se denominan «trabajo por cuenta propia». Esto nos demuestra la estrecha relación entre la libertad de empresa y la libertad de trabajo, así como que la libertad de empresa es un derecho fundamental de la persona para ganarse la vida de manera independiente del Estado. En el anteproyecto de reforma constitucional de 2018 se suprime el término «comunismo» y se reconoce la propiedad privada y la promoción de la inversión extranjera.

²⁴⁶ Dice al respecto Justino Duque: «La formulación de los derechos fundamentales —ni en el campo económico ni en cualquier otro— no agota la tarea constitucional. Es preciso configurarlos como verdaderos derechos subjetivos, con exigencia de comportamiento concreto para los obligados en la relación jurídica frente a los titulares de los derechos» (1977, p. 52).

de uno que se alza contra los abusos que la propia libertad de empresa puede generar, convirtiéndose, al decir de Viciano (1995, pp. 117-118), en un derecho que requiere de la intervención del Estado para su propia defensa. No se trata, pues, de un derecho subjetivo absoluto, pues necesita de esa intervención para restablecer condiciones de igualdad entre sujetos que son, como demuestra la vida económica diaria, básicamente desiguales. La intervención del Estado debe entonces garantizar el libre acceso al mercado de todos aquellos que cumplan con las exigencias o requisitos que exige la legislación positiva y que, en ocasiones, necesita de la aplicación de un conjunto normativo ad-hoc —el referido a la protección de la competencia— para sancionar los abusos que puedan hacerse en el ejercicio desorbitado de esa libertad. Podemos entonces afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico nadie puede suprimir el derecho a la libre iniciativa de un agente económico, actual o potencial.

En síntesis, el ciudadano que ejerza la libertad de empresa es titular de un derecho subjetivo con un estatus jurídicamente protegible frente a los tribunales. Se trata de un derecho constitucionalmente garantizado, cuya violación puede dar lugar a la correspondiente declaración de inconstitucionalidad o la inaplicación de la norma inconstitucional en el caso concreto. La libertad de empresa tiene también una indelible dimensión institucional. En efecto, no existe sin una regulación promercado, entendida como aquella destinada a generar riqueza y a su distribución equilibrada, a eliminar externalidades y a servir al consumidor. Esa regulación está destinada, como es obvio, a garantizar el funcionamiento de los mercados, a supervisarlos para evitar que el Estado tenga una intervención directa y quizás distorsionadora sobre los mismos. De esta manera, el contenido de la libertad de empresa «debe funcionalizarse para la consecución de los fines sociales y colectivos constitucionalmente proclamados» (Viciano, 1995, p. 119). Ello es justamente lo que justifica las intervenciones normativas que limitan esa libertad, sin transgredir su contenido esencial. No cabe duda, pues, que la libertad de empresa representa un derecho que genera obligaciones exigibles al Estado, no en el sentido de pretensiones para la obtención de beneficios particularizados, sino como el deber de respeto que debe tener una esfera de libertad reconocida constitucionalmente. Dice bien Soriano, esa idea parte tanto de su naturaleza como derecho subjetivo como de su visión institucional:

Las empresas se conciben como las unidades que concurren en el mercado libremente para intercambiar los bienes y servicios, aportando así una libertad, la libertad de empresa, como motor del intercambio, producción y dación de los bienes y servicios a los ciudadanos. Y esta libertad de empresa es una libertad fundamental protegida por el Estado, tanto en su visión «estática» o individual, lo que lleva [...] a su concepción como derecho subjetivo, como en su visión institucional o del mercado en su conjunto, en el cual cada libertad de los concurrentes

se ha de unir a la libertad de los demás si pretendemos que el mercado como tal funcione, superando así la visión estrictamente individual que [...] no se suprime, sino que se añade a la proyección institucional (Soriano, 1998, p. 95).

En efecto, la protección del mercado defiende la libertad de empresa desde una perspectiva dinámica, ya que la libertad de cada agente económico se consigue en relación con los demás, nunca aislada. Y «los demás» no son solo los que ya están, sino también los potenciales que deseen entrar al mercado, «ya que la libertad de empresa, como derecho fundamental, actúa tanto en la entrada al mercado como en su permanencia y en su salida» (p. 97).

La libertad de empresa, como derecho fundamental que es, debe entenderse y apreciarse dentro de un conjunto de principios que tienen valor prevalente en la Constitución, como son los consagrados al derecho de propiedad y herencia, la libertad de contratación, la libre elección del trabajo y profesión, la participación individual o asociada en la vida económica de la Nación, etcétera. Se trata de un derecho público subjetivo, no ilimitado, que debe ser regulado en su ejercicio de modo que cumpla con las condiciones que la propia Constitución le impone.

De lo anterior se deduce que resulta conveniente la existencia de un marco regulador, sin el cual es harto difícil que se desarrolle la actividad privada de carácter económico con estabilidad, equilibrio y seguridad, y que suele expresarse no solo a través de leyes, sino también de licencias, autorizaciones y declaraciones de diverso tipo. Es importante determinar el alcance y la profundidad de este marco, pues no debe debilitar ni desnaturalizar el contenido esencial del derecho. En relación con este punto, Ariño nos recuerda que «la ordenación del mercado constituye una regulación típica de lo que se llama policía administrativa», concepto que en sus orígenes se identificó con el mantenimiento de la seguridad y el orden público, y que posteriormente se ha ido extendiendo a otros ámbitos en los que el Estado asume la responsabilidad, como es el caso de áreas como la sanidad, el urbanismo, el transporte, etc., vinculadas a un nuevo concepto de orden público: el orden público económico, que no es otra cosa que el normal funcionamiento del sistema económico constitucionalizado (Ariño Ortiz, 1995, p. 36). Así, el artículo 59 de la Constitución declara que se garantiza la libertad de empresa con sus límites externos de la moral, salud y seguridad públicas.

La amplitud normativa a que hemos hecho referencia responde a los numerosos fines asignados al Estado constitucional y que lo hace intervenir en la ordenación de sectores en los que el mercado presenta limitaciones notorias, sea por trato desigual, información asimétrica, tendencias oligopolísticas, etcétera. Ello ha dado lugar a un crecimiento del concepto de policía administrativa como actividad limitadora y ordenadora del ejercicio de derechos, que no debe confundirse con la actividad

de fomento ni con la prestación de servicios públicos o de planificación, en las cuales el Estado asume la responsabilidad de la actividad (p. 37).

El sistema económico de un régimen democrático debe conceder a sus agentes inexcusables —consumidor, trabajador y empresario— la posibilidad de llevar adelante sus propias iniciativas, esto es, garantizarles libertad de consumo, libertad de trabajo y libertad de empresa: solo así puede imaginarse una economía de mercado²⁴⁷. Con ello queremos enfatizar que la economía de mercado no se agota en la libertad de empresa, aunque ella conforme el núcleo central que le da sentido y dirección a todo el ordenamiento económico constitucional. De las libertades económicas antes mencionadas, que son características de una economía de mercado, la libertad de consumo y la libertad de trabajo son atributos de la libertad personal, imprescindibles para la supervivencia, que se encuentran al alcance de cualquier hombre, por lo que su ejercicio apenas incide sobre las decisiones ajenas; son libertades que se encuentran implícitas en el valor superior de la libertad (Juan Asenjo, 1984, p. 152). Para algunos autores y corrientes políticas esto no ocurre con la libertad de empresa, pues solo una minoría tiene acceso y puede gozar de ella para el desarrollo de su personalidad. Más allá de este tema polémico, lo cierto es que ocupa un capital en nuestro ordenamiento constitucional y en el de otras democracias capitalistas occidentales. En esa posición, Paz-Ares y Alfaro Águila-Real sostienen la estrecha conexión entre la libertad de empresa y la libertad de trabajo y profesión:

La estrecha relación de la libertad de empresa, trabajo y libre ejercicio de la profesión u oficio con la autodeterminación y autorrealización humanas es evidente. Las libertades económicas son garantía de libertad real de los ciudadanos cuando ejercitan las restantes libertades, ya que la obtención autónoma de los medios de vida asegura que no hay terceros —singularmente el Estado— en condiciones de imponerles modos o fines vitales y, por tanto, que queda en manos de los ciudadanos la elección libre de sus fines vitales y de los medios para alcanzarlos (Paz Ares & Alfaro Águila-Real, 2002, p. 359).

²⁴⁷ «En primer lugar, nos referimos a la libertad de todo ciudadano de consumir y de organizar su vida, como corresponda a los deseos e ideas personales del individuo dentro del marco de las disponibilidades económicas. Este derecho fundamental democrático a la libertad de consumo debe encontrar su complemento lógico en la libertad del empresario para producir y colocar lo que estime necesario y prometedor de éxito, según las oportunidades del mercado, es decir, según las necesidades o exigencias que manifiesten todos los individuos. La libertad de consumo y la libertad de actividad económica debe sentirlas en su conciencia todo ciudadano como derechos fundamentales inviolables. El atentado contra ellas debería pensarse como un atentado contra nuestro orden social. La democracia y la economía libre son realidades tan lógicamente hermanadas entre sí, como la dictadura y la economía centralizada por el Estado» (Erhard, 1989, pp. 27-28).

Sin embargo, diversos autores, aunque consideran que no se puede ignorar el valor de la libertad de empresa como derecho subjetivo de los ciudadanos, no la aceptan como un derecho consustancial a la dignidad de la persona humana. Sigue siendo un tema abierto y debatible que debemos consignar.

Empero, sobre su naturaleza de derecho fundamental en el Perú, el Tribunal Constitucional, en la STC Exp. 03116-2009-AA/TC, caso Cementos Lima S.A., fundamento jurídico 8 ha sido categórico en reconocerla como asociada al derecho a participar en la vida económica de la Nación: «La libertad de empresa se erige como un derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no solo debe respetar, sino que, además, debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución».

En conclusión, la libertad de empresa como derecho fundamental tiene un doble carácter: en primer término, es un derecho subjetivo, un derecho del individuo que le garantiza un estatus jurídico de libertad; de otro lado, constituye un elemento esencial de un ordenamiento objetivo de una sociedad, en cuanto se configura como un marco de convivencia humana (Soriano, 1998, p. 97). Es, por tanto, pertinente y necesario encontrar un equilibrio entre ambos aspectos y evitar que la normativa que ordena su ejercicio derive en intervencionismo, pues para su correcto ejercicio suele necesitar de la intervención de los poderes públicos. La libertad de empresa es, pues, un derecho subjetivo, garantía de la libertad individual frente al Estado; derecho institucional y objetivo en el que, en aras de las funciones sociales asignadas a la libertad, se imponen restricciones²⁴⁸.

El respeto al contenido esencial de la libertad de empresa, su regulación por la ley, su conexión con otros derechos y libertades fundamentales y el hecho de que sea la base del sistema de economía de mercado nos hacen ver que «nos encontramos ante una libertad capital que se expresa tanto como derecho fundamental otorgable a los individuos como ante una institución, protegible con garantía, en su componente colectivo y como elemento básico de la sociedad» (Soriano, 1998, p. 98).

Es, pues, un componente esencial del sistema de libertades constitucionalizadas, razón por la que es imposible reconocernos «sin iniciativa privada concretable como libertad de empresa y con mercados definidos institucionalmente y protegidos como instituciones esenciales del ordenamiento económico» (p. 99). Para Soriano, a quien seguimos en este punto, si se suprimieran cláusulas constitucionales sobre

²⁴⁸ «Los derechos fundamentales cumplen funciones y defienden intereses múltiples que, en ocasiones, pueden ser contradictorios entre sí. En cuyo caso serán los poderes públicos los que, en aplicación de los criterios constitucionales formales y materiales, deberán optar por uno u otro de los intereses. Opción que, en todo caso, estará sometida al control de constitucionalidad» (Viciano, 1995, p. 121).

otros principios económicos o sociales, el resultado sería una constitución más pobre, pero su supresión constitucional podría compensarse en el plano legal. No ocurre lo mismo con la libertad de empresa, pues su supresión acabaría con el sistema económico constitucionalizado. En efecto, solo después de su reconocimiento, y con pleno respeto a su contenido esencial, pueden haber diferencias de cómo regular su ejercicio de acuerdo a objetivos públicos concretos, como por ejemplo cuando se exigen ciertas condiciones para acceder al mercado en una rama productiva. La libertad de empresa no tiene entonces un carácter difuso; por el contrario, puede verse vulnerada por determinadas prohibiciones o regulaciones que incidan en su contenido esencial. Ello no significa desconocer que en ese derecho esté presente una dimensión que va más allá del interés individual, irradia a todo el ordenamiento y se conecta con los intereses generales (Ariño Ortiz, 1995, p. 93).

Si se conceptúa a los derechos fundamentales como mandatos de optimización caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida a su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas sino también jurídicas (Alexy, 2002, p. 81 ss.), entonces el contenido de la libertad de empresa obliga al Estado a asegurar y proteger el ejercicio de las actividades en el ámbito económico de manera compatible con la protección de derechos constitucionales que puedan entrar en conflicto con ella (Paz-Ares & Alfaro Águila-Real, 2002, p. 359). Esta idea se refuerza en la Constitución peruana de 1993, que en su artículo 59 declara: «El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria».

Finalmente, debemos referirnos al segundo párrafo del precitado artículo 59 de la Norma Suprema que declara: «El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades».

En ese sentido, la ordenación constitucional en el marco jurídico del Estado social, basado en la igualdad material o sustantiva, reconoce categorías diferenciadas de empresas, como las pequeñas empresas que pueden ser beneficiadas con una discriminación positiva o un tratamiento diferenciado que no es suficiente para negar la igualdad jurídica de reglas de juego para la competencia²⁴⁹.

²⁴⁹ El antecedente de esta disposición se encuentra en la Constitución peruana de 1979, que en su artículo 135 declaraba que el Estado promueve la pequeña empresa y la actividad artesanal. En la misma dirección debe destacarse que en su artículo 116 declaraba que: «El Estado promueve y protege el libre desarrollo del cooperativismo y la autonomía de las empresas cooperativas». Asimismo, establecía que «estimula y ampara el desenvolvimiento de las empresas autogestionarias, comunales y demás formas asociativas».

3. LA LIBERTAD DE EMPRESA: SU CONTENIDO ESENCIAL

Como punto de partida para conocer cuál es el contenido esencial de la libertad de empresa es preciso recordar que es «un derecho de libertad» de la persona, oponible a todos, *erga omnes*. Dentro de ese contenido se encuentra la pretensión del individuo de que el Estado se abstenga de intervenir en su esfera individual privada, para poder actuar frente a sus competidores en busca de lograr y concretar su particular interés. Esta es una atribución positiva para tomar decisiones y hacerlas valer, lo que importa actividad o la realización de actos positivos.

Esa actuación está relacionada con la esfera pública del sujeto, pues se desenvuelve en sociedad, por lo que para su óptima realización requiere de la intervención del legislador, como parte del sistema económico constitucionalizado. Es preciso entonces ponderar el significado jurídico del derecho a la libertad de empresa, pues como sostiene Correa-Henao:

De un lado, hace depender de su entorno social (también jurídico y económico) la realización de un derecho individual de libertad y, del otro, transforma en interés del derecho al propio entorno donde la libertad se desarrolla, bajo la forma de derechos de terceros, derechos colectivos, e incluso derechos de la competencia y otros intereses generales salvaguardados por el Estado. El significado social que adquiere el derecho constitucional se manifiesta entonces bajo la forma de límites (internos o externos) provenientes de otros derechos o de otros intereses protegidos (Correa-Henao, 2008, p. 377).

En síntesis, Correa-Henao señala que, en su condición de derecho de libertad, la libertad de empresa resume «la posibilidad de escoger “sí”, “cómo”, “cuándo ejercitarlo”, aunque ello pueda ser definido, instrumentalizado y limitado por la intervención legislativa. Porque se trata de cualquier manera, de un derecho de libertad privilegiado por su rango constitucional» (p. 378).

El contenido esencial es aquella parte sin la cual el derecho pierde su peculiaridad, indispensable para permitir a su titular la satisfacción de aquellos intereses que justamente ese derecho le otorga²⁵⁰.

Castillo Córdoba (2002) señala sobre el contenido esencial que no solo debe constituir una barrera infranqueable, sino también un mandato de actuación a los

²⁵⁰ Eso es lo que ha señalado el Tribunal Constitucional español en su sentencia 11/81 del 8 de abril de 1981: «Se entiende por contenido esencial aquella parte del contenido de un derecho sin la cual este pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga».

poderes públicos: «Si no existe un determinado contenido de un derecho fundamental que vincule y obligue no solo como una frontera infranqueable, sino a la vez como directrices de actuación al Poder público en general y al Legislador en particular (y según las circunstancias, también los particulares), entonces ocurrirá que ese derecho fundamental solo tendrá vigencia «formal» pero no material en la realidad» (p. 28).

Más adelante, el mismo autor afirma que «los derechos fundamentales cuentan con un “único” contenido, el cual vincula en su totalidad al Poder público en general y al Legislador en particular; contenido que empieza a formularse desde la norma constitucional pero que necesita de las concretas circunstancias para su total definición en cada caso concreto, de modo que no existe un único y predeterminado para siempre contenido de un derecho fundamental» (p. 35). Según Castillo Córdova, ese contenido se exige como un límite absoluto a la actuación de los poderes públicos.

En esa misma dirección, Óscar de Juan Asenjo afirma que «el contenido esencial de los derechos y libertades constitucionales es un recinto sagrado que permanece cerrado a todos los poderes públicos, incluido el legislador», y agrega que las únicas excepciones tolerables son aquellas introducidas por la propia constitución, las que deben interpretarse restrictivamente «de manera que, aunque coarten los derechos subjetivos de ciertas personas, no supongan un atentado contra su dignidad humana (núcleo irreductible de los derechos subjetivos) ni destruyan dichas libertades en cuanto principios institucionales del orden económico» (Juan Asenjo, 1984, pp. 151-152).

La prohibición a que las leyes que regulan un derecho fundamental recorten o desfiguren ese núcleo del que hablamos es lo que se conoce como «garantía constitucional del contenido esencial» (Ariño Ortiz, 1995, p. 83)²⁵¹. Cualquier ley que traspasara esa frontera, que al limitar ese derecho lo transgreda, deberá ser calificada como inconstitucional; de ahí la importancia de conocer ese contenido esencial. A nuestro juicio, no debe creerse que se trata de un reducto inexpugnable, sino más bien el ámbito de su ejercicio razonable que, una vez definido y determinado por circunstancias concretas, es absoluto. Así, ante una intervención legislativa que restrinja el derecho de libertad de empresa, siempre será de aplicación el test de proporcionalidad reconocido en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sus tres subprincipios: (i) examen de idoneidad; (ii) examen de necesidad; (iii) examen de ponderación²⁵².

²⁵¹ Sobre la libertad de empresa como «garantía constitucional», véase Correa-Henao, 2008, pp. 324-325. Así, la autora señala que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia se identifica «garantía constitucional» como «derecho, como prerrogativa reconocida» y que se formula como límite a los poderes públicos.

²⁵² A partir de la STC Exp. 0045-2004-PI/TC.

Para determinar el contenido esencial de la libre empresa, debemos preguntarnos cuáles son las facultades concretas que constituyen su núcleo duro e indestructible. La doctrina (Ariño Ortiz, 1995, p. 217 ss., 83 ss., 160 ss.; Juan Asenjo, 1984, p. 83 ss., 160 ss.; Viciano, 1995, p. 122 ss., 201 ss.) es prácticamente unánime al señalar los siguientes ámbitos o aspectos esenciales: 1) la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, 2) la libertad de organización, 3) la libertad de competencia y 4) la libertad para cesar las actividades.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, en la precitada sentencia del caso Cementos Lima S.A., en el fundamento jurídico 9, reconoce expresamente los ámbitos esenciales del derecho fundamental a la libertad de empresa: «La libertad de empresa se erige como un derecho fundamental que garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la misma».

En la STC Exp. 3330-2004-AA/TC, caso Ludesminio Loja Mora, en el fundamento 13, correspondiente a un caso en que la controversia constitucional se refería a un procedimiento a autorización municipal de funcionamiento de una discoteca, el Supremo Tribunal desarrolló el contenido esencial de la libertad de empresa:

Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis *infra*.

En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).

En tercer lugar, está la libertad de competencia.

En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

De la sola lectura de los ámbitos que conforman su contenido esencial, apreciamos que 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 al que

se protege. No basta con la protección de solo un momento si en las demás fases de realización el ejercicio mismo de esa libertad está impedido (Soriano, 1998, p. 97). Es por ello que se convierte en la base del sistema económico constitucionalizado, de la economía de mercado, y a su vez soporte de otras libertades fundamentales. Regulado su ejercicio apropiadamente generará sus resultados y solo entonces, posteriormente, puede dar lugar a correcciones en virtud de objetivos que tengan que ver con el propio mantenimiento del sistema económico constitucionalizado u orden público económico y con la justicia social; por razones de coherencia y eficacia no debe intervenir *ex ante*.

Antes de entrar a tratar del contenido esencial de la libertad de empresa creemos preciso hacer una breve referencia a los que cumple la empresa en el constitucionalismo económico.

Como se sabe, la tradicional noción de comerciante fue sustituida por la de empresario y después por la de operador económico, que abarca en nuestros días a todo aquel que participa en el mercado, tanto desde el lado de la oferta como de la demanda, busque o no un lucro con su actuación, y tenga o no una organización que apoye sus iniciativas. A todos se les aplica, por mandato expreso de la ley, las normas del derecho de la competencia (ver Kresalja, 2004). En la actualidad se ha evolucionado hacia un derecho privado del tráfico económico, el que tiene por objeto «al conjunto de actividades de producción y comercialización de bienes materiales o inmateriales y de servicios en el mercado, con consideración de todos los intereses de los participantes en el mercado (operadores económicos y consumidores), y también naturalmente de las exigencias del mercado mismo» (Bercovitz, 2001, p. 20).

Ahora bien, el reconocimiento a la libertad económica ha traído como consecuencia la mención constitucional, cada vez mayor, a la empresa, concepto de difícil encuadre dada la diferente forma en que lo entienden los juristas, los economistas o los empresarios y trabajadores; aunque el derecho constitucional no entra a ese debate que se produce dentro de las fronteras del derecho mercantil, el derecho administrativo y el derecho de la competencia. Lo que nos interesa resaltar aquí es su reiterada mención en el texto constitucional como elemento central del sistema económico, vinculada a la realización de iniciativas personales, a la libre y leal competencia, a la satisfacción de necesidades, desarrollo sostenible, bienestar general y también de sus integrantes. Así, por ejemplo, el artículo 29 reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas; el artículo 40 señala que los trabajadores de las empresas del Estado no están comprendidos en la función pública; el artículo 58 reconoce la libertad de empresa y el artículo 60 las diversas formas que puede adoptar; el artículo 61 hace referencia a las empresas en su condición de medios de comunicación; el artículo 87 a las empresas que actúan como bancos o en el ámbito

de los seguros; los artículos 92 y 126, finalmente, a las limitaciones de congresistas y ministros para servir en empresas mientras ejerzan dichos cargos. En síntesis, hay numerosas menciones a empresas en el texto constitucional.

Ello ha hecho que la empresa alcance estatura constitucional como bien jurídico por encima de su dimensión mercantil, conjugando el ejercicio de derechos constitucionales y motor de la economía de mercado, pero también aspectos vinculados a la información, la cultura y a las incompatibilidades funcionales. La empresa entonces es, desde el punto de vista constitucional, económica y conceptualmente distinta del empresario, al que nos hemos referido líneas arriba, difuminada su figura como sujeto específico del derecho y como deudor de obligaciones empresariales. Más bien, aparece su conexión con su función social, adquiriendo una relación jurídica y política con el Estado, el sistema económico, el trabajo y la protección del trabajador que no existía años atrás. En conexión con todo ello, se relaciona con el derecho concursal, sea para la liquidación o para el refluotamiento de la empresa, cuyos ejes de discusión se encuentran en lo que proporciona a la sociedad en su conjunto, al bienestar general y a los puestos de trabajo que desaparecen o que hay que buscar proteger, todos temas vinculados al contenido esencial de la libertad de empresa, dentro del marco general establecido como Estado social y democrático de derecho.

El tratamiento a la empresa significó un cambio cualitativo muy importante de la Constitución de 1979 a la actual, pues la del 79 llegó a brindarle un capítulo específico, compuesto de ocho artículos, en el título referente al régimen económico. Las diferencias más importantes se encuentran en que en la de 1979 se le asignó un cúmulo de obligaciones y cometidos que fueron eliminados en la vigente. Sin ánimo exhaustivo, es preciso señalar que en la pasada Carta Fundamental el Estado reconocía el derecho de los trabajadores a participar en la gestión, utilidad y propiedad de las empresas, de acuerdo a su modalidades (artículo 56); que el Estado podía ejercer actividades productivas y de servicios y reservarse alguna de ellas (artículos 113 y 114); que la eficiencia y contribución al bien común eran exigibles por el Estado de acuerdo a ley (artículo 130); que en caso de crisis grave o de emergencia el Estado podía intervenirlas transitoriamente (artículo 132); y estipulaba obligaciones específicas para empresas extranjeras (artículos 136 y 137). Es evidente que este conjunto de disposiciones causó molestia a los empresarios y que la inversión privada se vio limitada, lo que hizo que se mantuvieran en funcionamiento numerosas e importantes empresas estatales, casi todas deficitarias, que fueron uno de los motivos para el cambio del régimen económico en la constitución vigente de 1993, tal como hemos señalado en capítulos anteriores.

Queda claro que el tema de la empresa continúa siendo absolutamente central en el diseño del régimen económico constitucional y una referencia obligada tanto en el ámbito empresarial como en el académico y laboral.

Veamos ahora el primer aspecto esencial, la libertad de creación de empresas y de acceso al mercado, que no es otro que el de emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado. Por esta libertad de creación debe entenderse tanto la creación propiamente dicha como la adquisición del poder de decisión en una empresa. Por tanto, cualquier persona natural o jurídica «que reúna los requisitos legales necesarios puede crear empresas y tiene derecho de establecimiento en cualquier sector económico, sin que quepan prohibiciones o autorizaciones puramente discrecionales de la Administración» (Rojo, 1983, citado en Ariño Ortiz, 1995, p. 85). Nuestra constitución vigente, en el primer párrafo de su artículo 60, preceptúa que el Estado garantiza el pluralismo económico, al que lo 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.

Como señala Correa-Henao, «el mercado se convierte en presupuesto de la libre iniciativa y actividad económica, lo que parece enunciar que el ejercicio de esa libertad y por lo visto su propia existencia se supeditan enteramente a la configuración de aquel como realidad económica y también jurídica» (Correa-Henao, 2008, p. 435). En consecuencia, la libertad de empresa se construye desde el mercado, el que presupone instituciones o mecanismos como la libertad de acceso y de permanencia, la libertad de contratación y de consumo, y la competencia entre los diversos agentes para poder conquistar o conservar una clientela. Esto, por cierto, no impide que el Estado regule, ordene, estimule o controle determinadas actividades.

Debe quedar claro que la primera etapa o faceta de la libertad de empresa es la libertad de acceso al mercado, es decir, la libertad de emprender actividades económicas. Ello conlleva la decisión de ubicar la empresa en algún lugar del territorio, lo que viene determinado no solo por el deseo de los promotores o dueños, sino usualmente por consideraciones obligatorias de tipo urbanístico, establecidas por razones de interés público, y por facilidades para contar con los diversos servicios vinculados a la actividad a desarrollar y la contratación de personal calificado cuando sea necesario.

Las principales limitaciones al derecho de emprender vienen dadas por las reservas de determinada actividad a favor del Estado, lo cual estaba señalado en el artículo 114 de la Constitución de 1979, aunque ya no figura en la vigente; los monopolios estatales, también prohibidos; la iniciativa pública, muy recortada, como hemos ya visto—, y los servicios públicos, que puede prestar el Estado directamente o ser dados en concesión a particulares.

Los procesos de privatización y desmantelamiento de monopolios estatales que en el Perú se iniciaron en la década de 1990 han significado, desgraciadamente, solo en ciertas ocasiones su sustitución por un régimen de competencia, en muy pocos casos una concurrencia de la empresa estatal con las privadas y, con más frecuencia de la deseada, la entrega de la actividad a empresas multinacionales extranjeras que prácticamente sustituyeron el monopolio estatal. Ello se acrecentó porque durante ese proceso no existía en el país una ley de fusiones y concentraciones. Por mandato constitucional (artículo 60) la actividad empresarial pública recibe el mismo tratamiento legal de la privada, con lo que, a diferencia de lo ocurrido en otros países, la libertad de empresa queda, si no blindada, por lo menos protegida frente a las empresas públicas. No es este el caso, hay que advertirlo, de aquellas que brindan servicios públicos, pues en estos no hay siempre competencia, como son los casos de los monopolios naturales.

Otra es la situación cuando se exigen condiciones subjetivas de admisión para acceder al mercado que 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 aun 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 experiencia internacional²⁵³.

Lo dicho no debe interpretarse como una crítica de carácter absoluto a la exigencia de determinados requerimientos; en muchas ocasiones están perfectamente justificados pues responden a la necesidad de resguardar el interés público y proteger a consumidores y usuarios. Sin embargo, también se esgrimen con frecuencia motivos de seguridad, salud pública, calidad de servicio, etcétera, sin más razón que la protección estatal a determinadas empresas establecidas. Abundan ejemplos de todo tipo: desde el abastecimiento de alimentos para escolares hasta la venta de determinados productos en supermercados. El Estado suele ser un mal árbitro en el mercado; es mejor dejar a los intereses económicos contrapuestos que resuelvan los naturales e inevitables enfrentamientos mediante la leal competencia económica, teniendo presente la preferencia de los consumidores.

La libertad de organización es el segundo aspecto esencial, cuyo ámbito de realidad es interno. La libertad de decisión en este ámbito permite al empresario establecer

²⁵³ La posibilidad de que en ciertos casos se les permita y quizás obligue a asociarse con empresas locales no altera mayormente este grave problema en los países en vías de desarrollo como el nuestro. Este es un problema particularmente intenso en los trabajos de consultoría, que son justamente los que a priori «deciden» sobre las características de la obra. Es ciertamente dificultoso superar estos condicionamientos sin una activa y alerta presencia estatal, pero es un tema sobre el que no se trata con la debida transparencia.

sus propios fines económicos y organizar la empresa en función de ellos. Se ha dicho que la autonomía del poder de gestión constituye la verdadera esencia de la libertad económica, porque pueden aceptarse limitaciones legislativas para el acceso o el cese de la actividad con el propósito de proteger bienes jurídicos y derechos de diverso orden, pero sería incompatible con la libertad de iniciativa que la empresa sea dirigida no por su titular sino por un representante del poder público; la acción misma de dirigir debe ser entonces siempre salvaguardada (Correa-Henao, 2008, p. 496).

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 frente a terceros, consumidores y 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 libertad creadora, de la libre iniciativa. En efecto, resulta indispensable el reconocimiento a la libertad de inversión, a la libertad para calcular costos y fijar precios a los bienes o servicios que se ofrecen, y a la libertad de contrato dentro del marco fijado por la normativa propia del derecho de la competencia.

Ahora bien, la simple mención de esas materias nos hace apreciar de inmediato que se encuentran casi todas parcialmente limitadas por normas diversas, 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. De otro lado, existen sectores que por su propia naturaleza —producción de energía y hospitales, por ejemplo— están sometidos a una reglamentación administrativa mucho más estricta, lo que se acrecienta si se trata de servicios públicos.

Hay un tema referente a la organización interna que tuvo entre nosotros una importancia grande en la vida empresarial, con efectos negativos de consideración, pues en la práctica no logró constituirse en un medio de colaboración y cooperación entre los trabajadores y empleadores, sino de antagonismo y frustración. Nos referimos a la cogestión impuesta en 1970 durante el gobierno militar del general Juan Velasco Alvarado, a través de las ahora desaparecidas comunidades laborales, cuya práctica cuestionó la jerarquía y distorsionó los procesos de decisión en manos de propietarios, accionistas o gerentes de las empresas, con grave detrimento de la competitividad.

A diferencia de la autonomía privada para la celebración de contratos, donde se da por supuesto la igualdad entre las partes contratantes, en el ámbito laboral se considera a los trabajadores como la parte débil de la relación, por lo que la autonomía empresarial se ve reducida. Esta realidad no debe, sin embargo, desdibujar la esencia de la libertad de empresa, sin perjuicio de atender al mandato constitucional.

El artículo 29 de la constitución vigente declara que: «El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación». Este mandato constitucional debe, por las experiencias anteriores en el Perú, ser motivo de una legislación justa y ponderada; de lo contrario, se alterará sin remedio el contenido esencial de la libertad de empresa, con graves consecuencias para el desarrollo del país, y se contribuirá a seguir debilitando al empresariado nacional.

La participación de los trabajadores conforme al artículo 29 puede desarrollarse en diversas formas: desde la participación en las utilidades, que a nuestro juicio es la más conveniente y viable y que debería vincularse a la elevación de la productividad, hasta la participación en la gestión. Esta última es considerada como la de mayor significado y contenido en el conjunto de las relaciones laborales (Rodríguez Sañudo, 2002, p. 702). Empero, al introducir mecanismos de intervención de los trabajadores en aquella gestión se rompe el monopolio del titular de la organización empresarial, con resultados negativos en la experiencia peruana²⁵⁴.

La libertad de competencia, tercer ámbito esencial, fue incluida por algún autor (Ariño Ortiz, 2004, p. 225) entre la libertad de organización o de ejercicio, y por otro (Font Galán, 1987, p. 160 ss.) como el contenido más esencial de la libertad de empresa. No cabe dudar de su significativa importancia para comprender las facultades inderogables del empresario y las características del sistema económico; de ahí su inclusión justificada dentro del contenido esencial de aquella. La competencia no es solo un derecho sino también una obligación en una economía de mercado: se le regula y protege por considerarla fundamental para el sistema y beneficiosa para los empresarios, consumidores y la sociedad en su conjunto. Entre nosotros tiene consagración constitucional tanto implícita como explícita: la primera cuando la Constitución dice que la iniciativa es libre y se ejerce en una economía social de mercado (artículo 58) y cuando garantiza la libertad de empresa (artículo 59); y 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 cree 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. Como atributo de autonomía frente al Estado

²⁵⁴ Sin embargo, cabe señalar que en la República Federal Alemana han funcionado exitosamente experiencias de cogestión compatibles con la economía social de mercado. Sobre su constitucionalidad cabe señalar el caso 50 BverfGE 290, en el que el Tribunal Constitucional Federal desestimó una demanda de inconstitucionalidad contra la ley de cogestión de 1976, que establecía la representación de los trabajadores en los directorios de empresas que tuvieran más de dos mil empleados (cfr. Sola, 2004, p. 288 ss.).

y frente a los particulares, el agente económico es libre de mantenerse o de salir del mercado, salvo situaciones de excepción debidamente regladas. En otras palabras, el sector económico en el que se desenvuelva la empresa, el monto al que ascienden sus transacciones, el tamaño del personal involucrado, son factores que podrán ser determinantes para evaluar la facilidad o dificultad para restringir la libertad de cese.

La mencionada libertad para salir del mercado, en principio de formulación impecable, no siempre se hace fácil, pues debe hacerse mediante procedimientos jurídicos obligatorios dictados para proteger a los trabajadores, acreedores y terceros. Ello significa que, con más frecuencia de lo que generalmente se admite, el empresario quiere continuar con su negocio y hace sacrificios grandes para que así sea, pero está incapacitado de hacerlo, no porque le haya faltado esfuerzo o instinto, sino, con más frecuencia, por la ausencia de sentido común y perspectiva histórica de los gobernantes en la adopción de medidas de política económica. De este modo, el empresario pierde los recursos que tan trabajosamente luchó por acrecentar y que los dictados de un intercambio comercial inequitativo y equivocadas políticas internas han hecho invisibles o minúsculos. Muchos son, pues, los aspectos a considerar: desde diseños de política económica y empresarial poco adecuados hasta crisis aguda en los niveles de ingreso. Y también ausencia de oportunidades de trabajo justamente remunerado, tanto en los consumidores actuales como en los potenciales.

En el ámbito del derecho concursal, siempre está presente un debate sobre sus objetivos y procedimientos que, sin duda, muestra que algunas opciones legislativas buscan privilegiar, de un lado, la conservación de la empresa en el mercado y los puestos de trabajo, mientras otras se inclinan a la protección del crédito y la eficiencia del sistema financiero. Esto nos plantea, en forma extrema, si debe el Estado sustituir o no a la voluntad de los propietarios y acreedores sobre el futuro de la empresa; de hacerlo, quedaría desdibujado el contenido esencial de la libertad de empresa. En otras palabras, la disyuntiva se presenta en el sentido de si debe existir un único sistema frente a la posibilidad de que sean esos mismos propietarios o el empresario los que escojan entre diversas opciones, algunas de las cuales podrían estar enunciadas por la ley, debido a las dificultades de aplicar una misma y única opción a situaciones distintas.

En el Perú, la Ley General del Sistema Concursal 27809 ha sido recientemente 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.

El derecho concursal ha sido durante los últimos años motivo de uso y abuso, no solo para dar alivio temporal y permitir eventualmente reflotamientos y evitar la disolución y liquidación de sociedades, sino también para contemplar, en ciertos casos especialmente graves, operaciones de salvamento con participación del Estado y, en ocasiones, entrega del establecimiento a los trabajadores por las deudas que se les tiene impagas. Estos procedimientos, si bien se cubren de consideraciones sociales de apariencia y equidad atendibles, suelen en la práctica ser procesos sin fortuna, que representan desvío de fondos y esfuerzos que podrían ser utilizados mejor en otras tareas. Con toda la importancia que ha adquirido en nuestros días el derecho concursal, no puede ocultarse que se aplica a una realidad pequeña en magnitud, aunque visible en los medios de comunicación, pues el número más numeroso de empresarios y empresas son los medianos y pequeños, que no llegan nunca, o muy rara vez, a las instancias previstas en la legislación concursal.

Hay un tema vinculado a la libertad de empresa que ha ingresado con fuerza al debate sobre su ejercicio, y es el que se refiere a la conexión de esa libertad con el derecho fundamental a la libertad de expresión, manifestada principalmente a través de la publicidad comercial. La pregunta que se plantea es si esa conexión es posible o aceptable. Correa-Henao se pregunta con justeza: «¿Es que una actividad empresarial tan orientada a la consecución de fines económicos puede considerarse parte de esa pluralidad de opiniones, ideas, manifestaciones del pensamiento que esculpen en el individuo criterios para el ejercicio de sus libertades y derechos y que estructuran una sociedad de mente abierta?» (Correa-Henao, 2008, p. 555). No lo consideran así algunos autores, porque afirman que la publicidad no responde a los fundamentos que justifican la especial protección a la libertad de expresión, porque no contempla una opinión o una idea. Pero hay otros que afirman que la publicidad de las empresas sí puede contribuir a la formación de un discurso público cuyo contenido debería protegerse, siendo irrelevante el fin de lucro que persiguen. En nuestros días, la tendencia es considerar que la lógica de la libertad empresarial absorba lo que de libre expresión e información pueda tener la publicidad comercial (p. 555).

Este tema fue originalmente debatido y controvertido en los Estados Unidos, pero su estudio y análisis se ha extendido ya a todos los países con economías de mercado. En un inicio, esto es, hasta 1975, la postura mantenida por la jurisprudencia de los Estados Unidos excluía a la publicidad de la protección que otorga la primera enmienda a la expresión acerca de asuntos públicos o políticos. Esa postura va sufriendo un proceso de evolución hacia la admisión de la protección del

mensaje comercial por el derecho a la libertad de expresión (*erosion of the commercial speech doctrine*). El Tribunal Supremo de ese país, en el caso Virginia State Board of Pharmacy de 1976, señaló:

En la libre circulación de información comercial puede ser tan intenso o mayor que su interés en el más urgente y actual debate político» y «generalizando, la sociedad también tiene un gran interés en la libre circulación de información comercial [...] la publicidad [...] divulga información acerca de quién produce y vende un determinado producto, porqué razón y a qué precio. En tanto y en cuanto mantengamos un sistema económico de libre empresa, el reparto de nuestros recursos será realizado en gran medida, a través de decisiones económicas privadas exista un sistema económico de libre empresa, su concreción tendrá lugar a través de decisiones privadas. Es un asunto de interés público el que estas decisiones sean inteligentes y se basen sobre una buena información. Para este fin la libre circulación de información comercial es indispensable (citado por Paz-Ares & Alfaro Águila-Real, 2002, p. 353).

Así, pues, si la publicidad comercial se refiere a una actividad lícita y no es engañosa, se encuentra protegida por la primera enmienda, pero esta protección es menor que la que se dispensa a los comentarios directos sobre asuntos de interés público, por lo que el mensaje publicitario puede estar sujeto a determinadas medidas restrictivas (Tato Plaza, 1993, p. 169 ss.). Por cierto, la jurisprudencia en los Estados Unidos ha seguido evolucionando sobre estas líneas maestras.

La doctrina contemporánea afirma que las restricciones razonables aplicables a la libertad de empresa serán las únicas también aplicables a la publicidad comercial, porque se considera que hay numerosos casos en los cuales la publicidad contribuye a informar al público sobre asuntos relevantes de interés general o cuando es un vehículo de expresión artística o de comportamientos sociales deseables.

Tal como dicen Paz-Ares y Alfaro Águila-Real, «Constituye una restricción inaceptable de la libertad de expresión que se declare prohibida una manifestación por el simple hecho del que la realiza sea una empresa privada que la incluye en su publicidad cuando no habría ninguna duda de que su contenido estaría protegido por la libertad de expresión si el sujeto que la realizara lo hiciera fuera del marco publicitario» (2002, p. 26).

Estos autores consideran que cuando la publicidad sea el vehículo de las opiniones o expresiones públicas de una empresa, el nivel de protección constitucional de la publicidad debe determinarse atendiendo a su función social, por lo que «han de ser los criterios emanados de la libertad de empresa los que deben servir para enjuiciar la legitimidad constitucional de las limitaciones estatales sobre la publicidad» (p. 26). Para ellos, pueden introducirse limitaciones a la publicidad con idénticos fundamentos a los esgrimidos cuando se limita la libertad de actuación de las empresas,

por lo que puede prohibirse, por ejemplo, la publicidad engañosa, debiendo ponderarse «entre la libertad de expresión del que realiza las manifestaciones y la protección de los bienes jurídicos del afectado por dichas manifestaciones de manera que la libertad del primero para expresarse como le plazca merecerá tanta más protección cuanto más pueda considerarse expresión del discurso público o cuanto más contribuya a informar al público sobre extremos relevantes para una discusión pública. Por el contrario, cuanto mayor conexión tenga la expresión publicitaria con intereses económicos del empresario que la realiza, menos razones habrá para sacrificar intereses económicos del afectado por la publicidad» (Paz-Ares & Alfaro Águila-Real, 2002, p. 26).

El decreto legislativo 1044 del año 2008, en el inciso primero de su artículo 19 dice: «El desarrollo de actividad publicitaria permite el ejercicio de la libertad de expresión en la actividad empresarial y es vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución Política del Perú». No cabe duda entonces de que el derecho que tienen las empresas que actúan en el mercado para acudir al derecho fundamental a la libertad de expresión con el propósito de proteger sus mensajes publicitarios, bajo las limitaciones que la ley impone a la actividad publicitaria y la propia Constitución, se encuentra reconocido.

El artículo 130 de la Constitución de 1979 preceptuaba que las empresas son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común eran exigibles por el Estado de acuerdo con la ley. En otras palabras, las empresas, cualquiera que fuera su modalidad, tenían una función social que cumplir. Esta calificación sonó a herejía para la mayoría de los constituyentes de la actual Norma Suprema, pues la consideraban un arma abusiva y arbitraria en manos del poder político. En consecuencia, no existe calificación o mención similar en el texto actual. Sin embargo, el tema de la función social de la empresa sigue presente en los debates, los ensayos y en el ámbito político, por lo que diremos aquí unas pocas palabras al respecto.

Son varios los autores que han defendido que la libertad de empresa está constitucionalmente funcionalizada a la satisfacción de necesidades básicas, lo que sin duda es una limitación intrínseca al ejercicio de su libertad, al ejercicio lícito de su derecho. Pero también los hay que consideran que esa proposición no es admisible, porque no se puede obligar al empresario a anteponer intereses públicos al suyo particular, privándolo de protección jurídica en caso de no hacerlo. En otras palabras, no se le puede exigir al empresario más responsabilidad que la que resulte de las leyes específicas vinculadas al ejercicio de la libertad empresarial.

Se afirma con énfasis que para la protección del ejercicio cabal de la libertad de empresa debe excluirse del texto constitucional toda disposición de contenido dinámico o cambiante ajena a los bienes jurídicos preservados en los textos legales, tales

como las obligaciones sociales frente a los trabajadores, el uso del suelo, el medio ambiente y otros, pues el cumplimiento de esas obligaciones y el acatamiento de esos mandatos es lo que constituye la función social a cumplir por las empresas en el régimen de libertad en el que operan.

Cabe brevemente señalar que, así como existe un contenido esencial irreductible y garantizado, existe otro no esencial constituido por aquellas libertades de menor entidad y que están referidas a formas empresariales, horarios comerciales, precios, fórmulas contractuales, etcétera, que si bien forman parte de las opciones que se ejercen por la libertad de empresa, no tienen un contenido indisponible para los poderes públicos, aunque estos tampoco pueden eliminarlos. En efecto, cada sector económico, región o mercado tiene un especial contenido no esencial que debe ser regulado bajo los principios de legalidad, predictibilidad y razonabilidad que deben regir la actuación pública y el derecho administrativo económico. Esto tiene una gran importancia en la vida empresarial, porque son justamente los parámetros que cotidianamente sirven para apreciar si se respetan o no los derechos subjetivos concretos de los ciudadanos.

Resumiendo, en palabras de Viciano: «La libertad de empresa implica necesariamente un sistema económico en el que esté garantizada la libertad de acceso, la libertad de decisión, es decir, la autonomía de la voluntad en materia organizadora, la libertad de competencia y la libertad de cese. Este conjunto de libertades forma lo que hemos denominado el contenido esencial abstracto de la libertad de empresa que, en todo caso [...] la actuación normativa de los poderes públicos debe garantizar» (Viciano, 1995, pp. 160-161).

4. RECONOCIMIENTO EN LA NORMATIVA INFRACONSTITUCIONAL

El decreto legislativo 757, de noviembre de 1991 —dictado al amparo de las facultades extraordinarias delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo cuando se encontraba aún vigente la Constitución de 1979— garantiza la libre iniciativa privada y afirma que la economía social de mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica. Por este dispositivo, denominado Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, que si bien ha recibido varias modificaciones posteriores sigue vigente en su parte esencial, se da un vuelco sustancial al neoliberalismo, liberalizando el contenido de la actividad económica privada en todos sus sectores (Maraví Súmar, 2013, p. 35). Redefine el rol del Estado en lo económico bajo el paraguas de una constitución que le otorgaba amplísimas facultades de intervención. Dispone que, salvo algunas actividades económicas debidamente puntualizadas, queda derogada toda reserva a favor del Estado;

que la actividad pública recibirá el mismo tratamiento que la privada; que se garantiza el pluralismo económico indicándose expresamente que toda empresa tiene el derecho de organizarse bajo cualquier forma empresarial; que la libre competencia implica que los precios resultan de la oferta y la demanda, salvo los referentes a las tarifas de servicio público, etcétera. Y en su artículo 3 dice: «se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia».

El decreto legislativo 757, de incuestionable impronta neoliberal, anuncia y adelanta lo que será después el contenido del régimen económico de la Constitución de 1993.

El ofrecimiento de tales garantías se hizo dentro de un conjunto de dispositivos que buscaron hacer operativa la economía de mercado, después de un periodo de intervencionismo extremo en lo económico por parte del Estado. De ahí que tal dispositivo tuviera una recepción positiva incluso más allá de los círculos empresariales. La libre iniciativa y la libertad de empresa se vieron así reforzadas después de un periodo en el que era el Estado el que tenía, en buena medida, la iniciativa en materia económica.

Si bien, como es natural, no existe acuerdo total en las fuerzas políticas dominantes sobre cuán activo debe ser el rol del Estado en lo económico, en parte como consecuencia de la corrupción en el gobierno de Fujimori y del impacto solo parcialmente beneficioso (en las cifras macroeconómicas, principalmente) de las medidas privatizadoras aplicadas durante la década de 1990, la pertinencia beneficiosa de ratificar la libre iniciativa y la libertad de empresa no se encuentra cuestionada en el actual debate político constitucional.

Por cierto, el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa no excluye su ordenación o regulación por parte de los poderes públicos, lo que da lugar a una tensión dialéctica, pues la libertad de empresa y la intervención del Estado parecieran ser términos incompatibles. Creemos que la tensión se producirá inevitablemente y con intensidad diversa, pero la incompatibilidad no se presentará si se respeta el contenido esencial del derecho. Es más, el marco de economía social de mercado no solo lo autoriza, sino que, en alguna medida, alienta y justifica tal regulación. Está fuera de discusión que la libertad de empresa en la vida real aparece condicionada por parámetros jurídicos, administrativos y económicos.

Dicha intervención tiene, entre nosotros, sustento constitucional. En la Constitución española, el artículo 38 reconoce la libertad de empresa y protege su ejercicio «de acuerdo con las exigencias de la economía general y en su caso, de la planificación». De Juan (1984, p. 138) califica este artículo como la «estrella polar» del constitucionalismo económico español, pues en virtud del mismo se subordina toda la riqueza y la actividad económica pública y privada al interés general. Si bien nuestros textos

constitucionales no tienen un artículo similar, existen en nuestras dos últimas constituciones varios artículos que, reconociendo derechos y concretando obligaciones para el Estado, tienen finalidad parecida y justifican la intervención del Estado en materia económica, siendo por cierto más numerosos en la Constitución de 1979 que en la de 1993.

Enunciamos a continuación estos artículos: el preámbulo de la Constitución de 1979 en su declaración de que la economía debe estar al servicio de la persona humana, el derecho a la igualdad y la condena a todo tipo de discriminación (2.2 de 1979, 2 de 1993); el derecho de toda persona a alcanzar un nivel de vida digno (2.15 de 1979); la protección a la salud (15 de 1979, 7 de 1993); la atención por el Estado de las necesidades básicas de los ciudadanos y de sus familias en materia de alimentación y vivienda (18 de 1979); la participación de los trabajadores en la gestión y utilidades de las empresas (56 de 1979, 29 de 1993); la protección de consumidores y usuarios (110 de 1979, 65 de 1993); la promoción por el Estado del desarrollo económico y social (110 de 1979, 59 de 1993); la formulación de políticas y planes de desarrollo (111 de 1979); la reserva de actividades económicas a favor del Estado (114 de 1979); la armonización del ejercicio de la libre iniciativa privada con el interés social y, en todo caso, exigiendo que su ejercicio no sea nocivo a otras libertades y derechos (115 de 1979, 59 de 1993); la protección de la libre y leal competencia (133 de 1979, 61 de 1993); la prestación y regulación de servicios públicos económicos (113 de 1979, 58 de 1993), son algunos de los preceptos que a pesar de no estar formulados siempre con igual precisión y exigencia, son base suficiente para que el Estado pueda intervenir legislativamente en el ámbito económico en el marco de una economía social del mercado, que los dos textos constitucionales citados reconocen. Cabe decir que el número y el contenido de los citados artículos no es una singularidad de los textos constitucionales peruanos.

5. LÍMITES AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

El reconocimiento de un derecho, en este 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 su alcance y profundidad. 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 pueden dar lugar a una relación bilateral. En ocasiones, la Administración determina, mediante normas imperativas de obligado cumplimiento, 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 (Martín-Retortillo Baquer, 1988, pp. 179-180).

Quizás la doctrina más relevante en materia de libertad de empresa se desarrolla en la sentencia sobre las farmacias de 11 de junio de 1958, pronunciada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, conocida como la doctrina de los grados o niveles de injerencia (*Stufentheorie*). Paz-Ares y Alfaro Águila-Real resaltan que el mayor valor de esta teoría radica en que para que una regulación pública de la actividad empresarial privada sea legítima, no es suficiente que sea adecuada, necesaria y proporcionada con relación al fin que el poder público procura con dicha medida. Es necesario, además, que los fines procurados con dicha regulación tengan un valor constitucional suficiente para justificar la intromisión estatal y que el grado de realización de tales valores, fines, principios o bienes constitucionales que se logra mediante la limitación de la libertad de empresa sea suficiente para justificar la limitación y afirmar su prevalencia en el caso concreto (Paz-Ares & Alfaro Águila-Real, 2002, p. 408).

Los límites o condiciones de ejercicio de la libertad de empresa actúan en beneficio de otros bienes jurídicos constitucionales que muchas veces se contraponen a los derechos subjetivos de los operadores económicos o de los empresarios que compiten entre sí. De esta forma, y como ya hemos ya visto, el propio texto constitucional introduce límites que influyen en el ejercicio de la libertad de empresa.

Por cierto, no deben entenderse esos límites como condiciones para adecuar la libertad de empresa al interés público, porque ella no se contrapone a este ya que es parte integrante del mismo, como lo son el derecho al honor o la libertad de pensamiento. Sin embargo, cuando se presenta con los caracteres de un derecho

de autonomía contrapuesto a otros intereses protegibles, entonces se hace necesaria la intervención del Estado limitándola en nombre de los intereses de las mayorías, aunque, por cierto, respetando su contenido esencial. Ello es así porque la libertad de empresa se instrumentaliza a través de derechos subjetivos concretos que el Estado tiene que proteger frente al abuso de los competidores, esto es, en beneficio del interés público expresado en el orden público económico, en la dignidad de la persona o la protección a la vida y la salud, protección que no solo debe mirarse con aprobación sino con encomio.

Esos límites, entendidos como condiciones para el desarrollo de la libertad de empresa, pueden clasificarse como intrínsecos o extrínsecos. Se entiende por los primeros aquellos que son inmanentes al ejercicio como derecho subjetivo, que derivan de la propia naturaleza de cada derecho y de su función social. Tal es el caso de la economía social de mercado, en cuanto implica la participación de una multitud de empresas e individuos que, haciendo uso de su libre iniciativa y de la autonomía de su voluntad, acceden al mercado y ofrecen una heterogénea y amplia variedad de productos y servicios; esto es, la existencia de múltiples operadores económicos disputándose sus respectivas clientelas «sin que ninguno de ellos pueda influir en forma definitiva en el mercado, decidiéndose de forma autónoma las que son las preguntas clave de todo sistema económico: qué producir, cómo producir y para quien producir» (Viciano, 1995, pp. 170-171). Esta posición, sin embargo, se ve debilitada por la existencia de mercados de competencia imperfecta o monopolística.

Así, pues, la mención constitucional a la economía social de mercado tiene consecuencias jurídicas, pues elimina opciones o modelos como los de planificación central o de regulación casi inexistente, ultraliberales; reconoce la igualdad formal (siendo la material una aspiración) de todos los participantes en el mercado, así como de la competencia económica.

Los límites externos o limitaciones son aquellos que pueden ser también reconocidos por el propio texto constitucional y sirven para apreciar el alcance de la libertad de empresa; esto es, limitan la actuación individual, están conformados en su mayor parte por cláusulas que habilitan la intervención de los poderes públicos y que deben utilizarse como excepción a los principios generales de libertad de empresa y libre competencia. Pueden incluirse dentro de ellas el concepto de Estado social, las reservas, la planificación y la protección de la salud, moral y seguridad públicas.

Mediante las llamadas «reservas», el Estado asume con carácter exclusivo, sin intervención del sector privado, una determinada actividad económica, por razones de interés público, interés social, seguridad nacional u otro título similar (ver Kresalja, 2001, p. 282 ss.). El Estado podrá, posteriormente, iniciar la actividad directamente u otorgar concesiones o autorizaciones al sector privado. La posibilidad de reservar

actividades económicas supone necesariamente un límite a la libertad de empresa, pues elimina el tráfico mercantil ordinario en un sector determinado. Cabe recordar que la reserva se ha utilizado en ocasiones como técnica de nacionalización. En la constitución vigente se ha eliminado la disposición contenida en el artículo 114 de la Constitución de 1979, en virtud de la cual el Estado mediante ley podía reservar actividades productivas o de servicios por causa de interés social o seguridad nacional.

Ahora bien, estrechamente vinculada al tema de las reservas se encuentra la problemática de las empresas públicas; solo vamos a indicar en relación a este complejo asunto —sobre el cual tenemos en el Perú una experiencia negativa iniciada en la década de 1970— que su existencia suele ser también un límite a la actividad privada y que en la práctica se presentan dificultades, quizás insalvables, para que puedan someterse a una política de libre competencia, por gozar de ventajas significativas o privilegios de los que no participa aquella. Como sabemos, durante los últimos años se ha extendido en todas partes, y en el Perú también a partir de la década de 1990, una desregulación normativa y una política de privatizaciones que fue la respuesta política y económica a una situación asfixiante y hasta abusiva por parte de la actividad empresarial del Estado.

La Constitución de 1993, en respuesta al negativo impacto que las empresas públicas habían tenido en la economía del país, prescribe en su artículo 60 que solo autorizado por ley expresa el Estado puede realizar —y con carácter subsidiario— actividad empresarial, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Ahora bien, en la Constitución de 1993 se dispone que la actividad empresarial pública y privada reciben el mismo trato legal, con lo cual se refuerza la idea de que son la iniciativa privada y la libertad de empresa los cimientos desde los que se edifica el sistema económico constitucionalizado, y que sirve además para ratificar el carácter subsidiario de cualquier intervención estatal. De este modo, si bien la creación de empresas públicas es legalmente posible, está condicionada a que la actividad empresarial sea de un indudable interés público, definido como tal al momento de la aprobación de la ley correspondiente, y que se someta sin privilegio alguno a las reglas de la libre competencia.

La posibilidad de crear empresas públicas representa un límite externo a la libertad de empresa, puesto que la actividad empresarial deja de ser un monopolio en manos de los particulares y porque es probable que en su concurrencia al mercado se disputen en algunos casos la misma clientela. Debe quedar claro que la actividad privada y la pública no se encuentran en situación de igualdad desde el punto de vista constitucional: la libertad de empresa es un derecho reconocido a los particulares frente al Estado; la iniciativa privada es la regla y la excepción es la estatal, que requiere para intervenir de un interés público que no se exige a los privados, así como

estar autorizada por ley expresa. La iniciativa pública es, pues, un instrumento excepcional en un sistema económico constitucionalizado en el que la actividad del Estado tiene la condición de subsidiaria; en otras palabras, no tiene vida propia y no es susceptible de utilización independiente para el logro de fines desconectados a los que la Constitución determina (Viciano, 1995, p. 185).

La planificación es otro de los límites a la libertad de empresa. El artículo 58 de la Norma Suprema declara que bajo el régimen de economía social de mercado «el Estado orienta el desarrollo del país». Habilita al Estado a dirigir o conformar la actividad económica, y si bien no supone la eliminación o desaparición de aquella, tampoco puede sustituir a la iniciativa privada por la pública. La planificación no es un caso de reserva, sino una técnica superpuesta que supone que la empresa privada continúe actuando sometida al límite en que la planificación consiste. Algunos piensan que la planificación tiene como objetivo principal limitar la libertad de empresa como una alternativa a la propia reserva; en este sentido dice Soriano: «no le es necesario al Estado así reservar al sector público una serie de actividades, sino que puede proceder a organizarlas indirectamente a través de la planificación» (Soriano, 1998, p. 103). No puede negarse que en algunos casos esta idea está amparada por la racionalidad, como en el caso de recursos escasos y no renovables. Su fracaso como técnica ha sido grande en las últimas décadas, especialmente en los países de la órbita socialista durante la segunda parte del siglo XX, donde se utilizó como una técnica de carácter general para toda la economía. En el campo sectorial y regional, si el método utilizado es el de la consulta y el consenso, ha obtenido mejores resultados.

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 también un límite externo. Se trata, como todos sabemos, de conceptos jurídicos indeterminados, 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.

Las relaciones entre el orden jurídico y la moral son íntimas y también conflictivas. Ellas han sido llamadas «cabo de las tormentas» (Ihering) o «cabo de los naufragos» (Croce) para poner de relieve sus dificultades (Alzamora, 1963, p. 72). Su exigencia es un rasgo común de los valores morales y jurídicos, pero difieren en el modo en que son realizados, pues mientras los valores morales caen en la esfera del individuo (unilateralidad) los jurídicos se insertan en su relación con otros (bilateralidad). La diferencia principal se encuentra en que el derecho es coercible, pues se puede constreñir al obligado para que cumpla su obligación. Ahora bien, se considera que un acto es moralmente bueno en tanto contribuya al perfeccionamiento del ser humano. Dicho esto, ¿qué es lo que se puede entender como moral

pública en cuanto límite al ejercicio de la libertad de empresa? ¿Debe, acaso, estar definida o especificada en una norma jurídica para poder ser exigible?

El simple planteamiento del problema nos revela de inmediato sus dificultades; por tanto, solo nos cabe intentar aportar algunas ideas para su esclarecimiento. Cabe decir, en primer término, que el derecho no tiene por misión «realizar» la moral, «pues sería a la vez tiránico e implacable si tuviese la pretensión de dictar todos los imperativos morales. Representa más bien [el derecho] el minimum de moral susceptible de ser impuesto por coacción» (Du Pasquier, 1950, p. 316). Pero ello no nos puede hacer olvidar que el derecho en toda sociedad está inspirado por el sentido de la justicia que le es inherente; es más, ella sirve para dar cimiento a la construcción del concepto de «abuso del derecho», de singular importancia en la conformación de las ramas del derecho de la competencia. De otro lado, aunque es tema polémico, para un numeroso grupo de personas «la moral basada sobre la tradición suministra un ideal bastante sólido para salvar la justicia asegurando al derecho su necesaria evolución» (p. 319). En adición a todo ello cabe tener presente que junto a la moral son las exigencias del bien común las que concurren para dar forma al derecho. Y esas exigencias, que son de difícil concreción, están a veces ligadas a materias de carácter técnico muy vinculadas al desarrollo económico, como es el acceso universal a determinados servicios públicos. Más aún, esas exigencias se integran en «estándares» que dan a los jueces y funcionarios líneas de conducta que deben aplicar con discrecionalidad variable y que originan fallos, directivas, reglamentos y ordenanzas.

Muchos entienden por moral pública aquellas reglas o costumbres que el pueblo considera de necesaria práctica en las acciones humanas para el logro de objetivos comunes, esto es, vinculados al interés general. Desde esta perspectiva, la moral pública incluye pero supera conceptos tales como decencia o decoro, y también a aquel de las «buenas costumbres mercantiles» que durante una época era considerado «por la clase de los comerciantes» como estándar de juzgamiento de sus actuaciones en el mercado (ver Menéndez, 1988, p. 65 ss.). La moral pública supera estos conceptos porque hay «buenas costumbres» no mercantiles, esto es, usos implantados en una colectividad y en ciertas ocasiones considerados por ella incluso como jurídicamente obligatorios; usos que no se revelan como la ley por un acto único sino por una repetición de actos semejantes, a veces precedentes que actúan como bolas de nieve, siendo siempre cuestión delicada su constatación; usos y costumbres que en países pluriculturales como el nuestro pueden adquirir gran importancia en el ámbito económico, en especial en el caso de la normativa sobre publicidad y competencia desleal.

En nuestro lenguaje cotidiano lo honrado, honesto, decente, leal y transparente se entienden como aceptables a la moral pública, y su principal antinomia es la corrupción.

Mucho lograríamos si se identificara moral pública con ética pública, entendida como el conjunto de usos y costumbres que practican los ciudadanos en el espacio público, destinados a fortalecer el sistema democrático y combatir la corrupción. Esta práctica significa no solo el cumplimiento correcto sino además diligente de obligaciones y responsabilidades por quienes ejercen función pública. Se ha vinculado también el concepto de ética pública a la función pública, que tiene su eje básico en la idea de servicio a los ciudadanos y consecución del bien común; por tanto, conducta imparcial en la gestión de los asuntos públicos. Esta posición cuestiona al principio de eficacia como valor absoluto, pues debe ir unida «al compromiso de promoción de los derechos fundamentales que vinculan igualmente la actuación de la Administración Pública, y al principio de legalidad» (Rodríguez, 1996, p. 24), pero resulta obvio que la moral pública abarca más que este concepto de ética pública y que se confunde con buenas costumbres y búsqueda de la justicia.

No suele haber desarrollo legislativo del contenido de moral pública o moralidad, por lo que la calificación de un acto concreto o de una actividad como contraria a la moral pública recae en manos de los tribunales o de aquellas autoridades administrativas que se pronuncian sobre el contenido de la competencia desleal y también, en ocasiones, de las autoridades ediles cuando intervienen en nombre del vecindario que representan frente a actos que se juzgan como «contrarios a la moral». Casi no cabe duda de que su invocación en un caso concreto, para limitar el ejercicio del derecho de la libre empresa, tendrá muy pocas probabilidades de cumplir con el principio de legalidad entendido en sentido estricto, de contenido material, que exige la ley para el procedimiento administrativo regular.

En la STC Exp. 3330-2004-AA/TC, fundamentos 33 a 41, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado la moral pública como un bien jurídico constitucional que constituye un límite externo a la libertad de empresa, en lo relacionado a la protección de los niños y adolescentes en el ingreso a discotecas, así como a la regulación municipal de la zonificación y de los horarios comerciales.

Si nos referimos a la salud pública como limitación, en el sentido de que el ejercicio de la libertad de empresa puede ser lesivo para ella, debemos acudir en primer término a la propia Constitución, que en su artículo 7 dispone que «todos tienen el derecho a la protección a su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa» y que, más adelante, bajo el título del «Régimen económico» manda que el Estado, al orientar el desarrollo del país, actúe principalmente en las áreas de salud y de seguridad, que veremos más adelante (artículo 58). Además, en el artículo 65, en virtud del cual se obliga al Estado a defender los intereses de los consumidores y usuarios se señala que debe velar, en particular, por la salud y la seguridad de la población. Ello refleja la irrupción

de un nuevo valor social que va a convertirse en pieza clave: el consumidor, cuya tutela será de interés prevaleciente, en especial en el área de la salud.

En ese sentido, la protección a la higiene y salubridad en el expendio de alimentos y bebidas en los establecimientos con licencia municipal ha sido materia de pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la precitada STC Exp. 3330-2004-AA/TC, fundamentos 43 a 48.

Si deseamos buscar un parámetro más directo, creemos que el principal se encuentra en la Ley General de Salud 26842 de 1997. En su título preliminar, esta considera a la salud como «condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo», siendo «responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla». En su artículo XII dice textualmente: «el ejercicio del derecho a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, al libre tránsito, a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria [...] están sujetos a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública». Y entre las diversas medidas de seguridad que la autoridad puede llevar adelante se encuentran decomisos, incautaciones, suspensión temporal o definitiva de empresas o sus instalaciones (artículo 130), etcétera, las que son de inmediata ejecución, aplicándose sin perjuicio de otras sanciones que pudieran corresponder. Ahora bien, en resguardo de los derechos de los ciudadanos, tales medidas deben ser proporcionales a los fines que persiguen y su duración no debe exceder lo que exige la situación de riesgo inminente, con lo que se deben preferir aquellas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de bienes y a la libertad de empresa (artículo 132). Así, pues, no cabe duda de que existe base legal suficiente para limitar el ejercicio de la libertad de empresa, siempre que las autoridades de salud emitan opinión fundamentada y que se realice, sin perjuicio de la celeridad que la situación exige, mediante un debido proceso.

La Ley General de Salud prevé un conjunto de materias que deben examinarse: establecimientos, clínicas, medicamentos, recursos terapéuticos naturales, alimentos, bebidas, insumos diversos, sustancias peligrosas, etcétera. Si se cumplieran debidamente los trámites de ley, ¿podría la autoridad de salud señalar algún producto que no puede ser objeto de fabricación? Creemos que sí, quedando en ese caso limitada, en cuanto a su objeto, la libertad de empresa. Ese podría quizás ser en el futuro —es un ejemplo entre muchos— el caso de los cigarrillos. El eje de toda acción administrativa y municipal en el orden sanitario es el reconocimiento del derecho a la protección de la salud, que se encuentra constitucionalmente reconocido. Esta protección tiene lugar principalmente mediante medidas preventivas, lo que alcanza a la utilización racional de los recursos naturales y la protección y defensa del medio ambiente; todo ello con el propósito de brindar tutela al bien jurídico protegido que es la salud física y psíquica de los ciudadanos.

Tampoco es fácil determinar en cada caso concreto lo que se considera «seguridad pública», la que tiene conexión pero que no se identifica íntegramente con el concepto de seguridad ciudadana, que es una noción encomendada a las fuerzas de seguridad, en nuestro caso la Policía Nacional, que de conformidad al artículo 166 de la Constitución tiene por misión «garantizar, mantener y restablecer el orden interno», así como el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado, y la protección de la tranquilidad de los ciudadanos. La seguridad pública puede comprender otras situaciones, como las correspondientes al ordenamiento de la defensa civil y a todas aquellas que puedan derivarse de conflictos externos, enfrentamientos o guerras, conflictos armados internos, esto es, a un conjunto diversificado de actuaciones, distintas en su contenido y naturaleza, y que abarcan la seguridad de la Nación en su más amplio sentido.

La jurisprudencia del Supremo Tribunal en la precitada STC Exp. 3330-2004-AA/TC, fundamentos 53 a 56, conexiona el respeto del bien jurídico constitucional de la seguridad pública con los derechos fundamentales a la vida y la integridad previstos en el artículo 2, inciso 1 de la Norma Suprema. Así, desarrolla la relevancia constitucional de las exigencias de seguridad en establecimientos abiertos al público, la necesidad de acondicionamiento adecuado y el control de la capacidad máxima de las personas que pueden ingresar a un establecimiento.

Nos interesa intentar concretar la relación de ese amplio concepto de seguridad pública con el derecho de la libertad de empresa, en tanto el ejercicio de esta última puede ser lesivo para la primera y creemos que se encuentra necesariamente en la conexión que pueda establecerse con los bienes que se produzcan y los servicios que se ofrezcan en el mercado, esto es, en el ámbito económico. Por tanto, y dejando de lado el tema de la salud, una actividad puede ser lesiva a la seguridad pública en tanto afecte a la población, por ejemplo, en el incorrecto funcionamiento de servicios públicos esenciales que se consideren indispensables para la seguridad. Este sería un incumplimiento de obligaciones asumidas frente al Estado por concesionarios o prácticas empresariales irresponsables. En este sentido, y de comprobarse tal incumplimiento, podría intervenir o limitarse el derecho a ejercer plenamente la libertad de empresa en el aspecto esencial de la libertad de organización.

Un caso concreto de limitación del derecho lo encontramos en el artículo 175 de la Constitución, el que dispone que la fabricación de armas de guerra por la industria privada solo puede ser ejercida en los casos y bajo las condiciones que la ley señale, lo que se extiende también a la comercialización de otras armas.

Muchas de las limitaciones y trabas al ejercicio de la libertad de empresa se originan en el ámbito municipal, aunque no creemos que sea este el único ni el más importante obstáculo. Para apreciarlo es preciso conocer las amplísimas funciones

que tienen las municipalidades en virtud de su Ley Orgánica 27792, en el régimen de uso de la propiedad en armonía con el bien común (artículo 88); destino de suelos urbanos (artículo 89); construcción, reconstrucción, ampliación, modificación o reforma de cualquier inmueble (artículo 90); limitaciones especiales para conservación de zonas monumentales (artículo 91); licencia de construcción (artículo 92); facultades especiales sancionadoras de las municipalidades en materia urbanística y de revocación de licencias (artículo 93); expropiación con fines municipales (artículos 94 al 96).

Cabe citar al Tribunal Supremo Español en la STS 28-III-2000. Ar. 2199, en materia de limitaciones a la libertad de empresa en razón de que la zonificación no está libre de requisitos y condiciones, aun cuando pudiera parecer una obviedad: «La libertad de empresa [...] no ampara entre sus contenidos un derecho incondicionado a la libre instalación en cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones».

En nuestra jurisprudencia constitucional, en el fundamento 41 de la mencionada STC Exp. 3330-2004-AA/TC, se destaca la importancia del certificado de zonificación para el otorgamiento de licencias municipales de funcionamiento.

6. EL ACCESO AL MERCADO Y LA DESREGULACIÓN ADMINISTRATIVA

La regulación del inicio de las actividades económicas privadas, tal como lo precisa Arroyo Jiménez, «constituye una de las más típicas manifestaciones de la intervención del Estado en la economía». Por esa razón, el estudio de los presupuestos constitucionales de la regulación del acceso al mercado ha de asumir como punto de partida la reflexión de la doctrina científica acerca de la llamada constitución económica» (Arroyo Jiménez, 2004, p. 21).

Correa-Henao señala que la libertad de acceso al mercado supone el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley:

La libertad de acceso al mercado contempla pues para el titular, prima facie, la posición jurídica de libertad para iniciar cualquier tipo de actividad económica independiente en el mercado, cuya concreción se determina tras el cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico y para la defensa de los intereses comunes, pero que en ese margen está garantizada por el principio hermenéutico [...] o de derecho positivo [...], de que no se pueden imponer más exigencias que las autorizadas por la ley (Correa-Henao, 2008, p. 438).

Aun en una economía regida por el mercado siempre será necesario un grado de intervencionismo estatal para la tutela del interés público. Empero, en el Perú se ha

impuesto desde fines del siglo XX como sentido común la necesidad de impulsar la simplificación administrativa, que Milagros Maraví define en los siguientes términos:

No es solo un problema de incomodidad o de pérdida de tiempo en trámites; es un tema que involucra la inversión, el desarrollo económico y la credibilidad del Estado y sus instituciones frente al ciudadano. En efecto, los trámites burocráticos consumen recursos, tanto en el sector público como en las empresas y en los administrados; asimismo, afectan el desarrollo de la inversión privada y el acceso a la formalidad. La simplificación administrativa es el mecanismo necesario para eliminar estos sobrecostos (Maraví Súmar, 2013, p. 35).

La ola desregulatoria iniciada en 1988 con la ley 25035, Ley de Simplificación Administrativa, que promovió la aplicación plena del silencio administrativo positivo²⁵⁵ bajo la influencia del Instituto Libertad y Democracia, fue continuada y profundizada por el régimen de Alberto Fujimori Fujimori, que inició el proceso de reforma neoliberal con el decreto legislativo 757, Ley Marco del Crecimiento de la Inversión Privada, durante la gestión del ministro Carlos Boloña Behr²⁵⁶.

Es relevante en el periodo de Fujimori también la ley 26935, que tiene por finalidad simplificar procedimientos para la obtención de registros administrativos y autorizaciones para el inicio de actividades a nivel ministerial, sin perjuicio del trámite que deberá efectuarse ante los municipios para obtener la licencia de funcionamiento, con excepción de algunas como la producción de armas y municiones, plaguicidas y productos farmacéuticos, casinos de juego, cementerios, etc., que requieren de autorización expresa.

Asimismo, la ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento²⁵⁷, establece el marco jurídico de las disposiciones aplicables al procedimiento para el otorgamiento de licencia de funcionamiento expedida por las municipalidades²⁵⁸. Como se precisa en su exposición de motivos su finalidad es «establecer criterios comunes para la obtención de la licencia de funcionamiento y por ende unificar la regulación sobre la misma en el contexto de una ley marco de licencia de funcionamiento, que tenga por finalidad establecer un ordenamiento de la normativa vigente, uniformizando los aspectos técnicos y normativos para el otorgamiento, renovación y revocación de la licencia de funcionamiento expedida por las municipalidades».

²⁵⁵ Conforme al artículo 35.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en el silencio administrativo positivo la petición del administrado se considera aprobada si, vencido el plazo establecido o máximo para pronunciarse, la entidad no hubiera notificado el pronunciamiento correspondiente.

²⁵⁶ Sobre la transformación al modelo neoliberal en ese periodo, véase Boloña Behr, 993.

²⁵⁷ Modificada por el decreto legislativo 1071.

²⁵⁸ Modificada por la ley 30230 y los decretos legislativos 1200 y 1271. Texto Único Ordenado aprobado por el decreto supremo 046-2017-PCM.

Sin embargo, como destaca Tirado Barrera, estas políticas públicas de desregulación —actualmente denominadas de «destrabe»— no deben ser ilimitadas o contrarias a la tutela del interés público:

Ahora bien, la desregulación («el destrabe», en términos más cercanos a nuestro discurso político más reciente) nunca debería perder de vista que la intervención administrativa debe estar configurada para el resguardo del interés general, y aunque el fomento de la inversión privada sea una opción perfectamente válida, no puede implicar dejar de lado otros intereses generales que deben ser igualmente protegidos. [...]

La necesidad de tomar en consideración los intereses de todos los actores en juego y la ponderación que de los mismos se pueda realizar es una tarea de la que no puede desprenderse el Estado (y su organización burocrática, la Administración Pública), pues, precisamente, es uno de sus elementos distintivos (Tirado Barrera, 2018, pp. 105-106).

Así, como anota Laguna de Paz, se trata del ordenamiento del acceso al mercado y no de suprimir ni restringir la libertad de iniciativa privada: «Someter una actividad a previa autorización no es disminuir la libertad, sino ordenarla [...] la autorización administrativa no es contraria a la actividad económica y, por tanto, tampoco a la libertad de empresa. La iniciativa privada —que puede ser ampliamente ordenada— puede también estar supeditada a previa habilitación administrativa, en garantía del interés general» (Laguna de Paz, 2006, p. 67).

Se trata de la actividad administrativa de ordenación a la que Santamaría Pastor justifica en la medida que hay actividades privadas que potencialmente pueden lesionar el interés público:

La mayor parte, sin embargo, son actividades que poseen una potencialidad lesiva para el interés general; por ello la Administración las somete a ordenación, planificación, organización, dirección, limitación, control u orientación: las condiciona, en una palabra, con el fin de evitar que produzcan perjuicio al interés general. Toda esa labor de condicionamiento de las conductas privadas es, precisamente, el contenido de la actividad administrativa de ordenación (Santamaría Pastor, 2004, p. 245).

Finalmente, se debe resaltar el rol rector en materia de simplificación administrativa de la ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General del año 2001, modificada por el decreto legislativo 1272 y por el decreto legislativo 1452, que regula en esa materia la calificación de los procedimientos administrativos con aprobación automática y con evaluación previa, estos últimos de silencio administrativo negativo y positivo. Asimismo, destaca por la regulación del Texto Único de Procedimiento

Administrativo (TUPA) y de la vigencia indeterminada de los títulos habilitantes, como por ejemplo las licencias de funcionamiento²⁵⁹.

7. EL ACCESO AL MERCADO Y EL CONTROL DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

El acceso al mercado es el índice preferencial para determinar la vigencia real de la libertad de empresa. Ahora bien, la ausencia de una ciudadanía alerta a la defensa de sus derechos, así como de medios masivos de comunicación realmente vinculados a los intereses populares, pueden hacer que su exigibilidad se vea seriamente comprometida y que las buenas intenciones de sus defensores sirvan para empedrar el infierno.

En 1996 se dicta una disposición innovadora en materia de tutela de la libertad de empresa, al introducirse el artículo 26 *bis* del decreto ley 25868, por el artículo 50 del decreto legislativo 807. Así, se crea, dentro de la estructura del Indecopi, la Comisión de Acceso al Mercado. Actualmente es denominada la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. Se debe reconocer que predomina una connotación peyorativa de la burocratización, muy lejos de la concepción del eminente sociólogo alemán Max Weber, que la consideraba como el principio de especialización de las funciones administrativas, conforme a regulaciones estrictamente objetivas. Así, según el Diccionario de la Real Academia Española, en una de sus acepciones burocracia significa «administración ineficiente a causa del papeleo, la rigidez y las formalidades superfluas».

El decreto legislativo 1256, decreto legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, del año 2016, define a la barrera burocrática como «exigencia, requisito, limitación, prohibición, y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad»²⁶⁰.

Se debe destacar que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no tiene precedentes legales a nivel nacional o internacional²⁶¹ y es considerada como una vía alterna más rápida y menos costosa frente a los procesos judiciales y constitucionales

²⁵⁹ Arroyo (2004, p. 566), define el concepto de título habilitante como «la técnica jurídico-administrativa, a través de la cual se invierte en el caso concreto una prohibición relativa».

²⁶⁰ Sin perjuicio de esa definición general, enuncia taxativamente hasta diez supuestos que no se consideran barreras burocráticas dentro del ámbito de la ley.

²⁶¹ Alfredo Bullard, en entrevista publicada en *Maraví* (2013, p. 55).

en lo que se refiere a la revisión de regulaciones y actuaciones administrativas (Ochoa Mendoza, 2014).

En el año 2009, el alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima, Luis Castañeda Lossio, interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la ley 28996, que modificó el artículo 48 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, mediante la cual se habilitaba a la Comisión de Acceso al Mercado no aplicar normas en los asuntos de su competencia. La demanda argumentaba que se vulneraba el artículo 138 de la Constitución referido al control difuso de constitucionalidad, los principios de supremacía de la constitución, de competencia y separación de poderes, así como las normas constitucionales referidas a la autonomía y competencia de los gobiernos locales. En la STC Exp. 00014-2009-PI/TC, el supremo intérprete de la Constitución se pronunció sobre el ejercicio de la facultad de inaplicación de una norma jurídica al caso concreto por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, como el ejercicio del control de legalidad asignado por la ley como competencia propia del Indecopi, en los fundamentos 5 y 17. En el fundamento 26 resaltó la función administrativa del Indecopi de tutela del orden público económico, de raíz constitucional:

El ejercicio de la CEB se circunscribe al ámbito de protección de la competitividad del mercado, tarea que, en virtud de la unidad del mercado, está bajo la competencia del Ejecutivo, que vigilará la preservación del orden público económico. Así, no resulta argumentable que en ejercicio de la autonomía municipal y regional se contravengan normas de alcance nacional, como por ejemplo, la Ley del Procedimiento Administrativo General o la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento²⁶², en virtud de una ordenanza municipal o regional.

Ochoa Cardich señala que los derechos económicos fundamentales de libertad de empresa, de igualdad y no discriminación económica, así como el derecho de propiedad en materia de revocación de licencias, son tutelados en sede administrativa, bajo el control de la regulación de acceso al mercado, por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocrática, a través de sus precedentes y resoluciones (Ochoa Cardich, 2013)²⁶³.

El artículo 8 del decreto legislativo 1256 establece que cuando en el procedimiento de eliminación de barreras burocrática, sea de oficio o a pedido de parte, la Comisión o la Sala declare la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, dispone su inaplicación con efectos generales.

²⁶² Ley 28976, que en su artículo 17 atribuye a la Comisión de Acceso al Mercado la función de supervisar su cumplimiento.

²⁶³ La labor de tutela de las libertades económicas ya había sido destacada por Quiroga León, 1997.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular, esta declaración no tiene como finalidad la defensa de la jerarquía normativa —aunque en la práctica lo haga de manera indirecta— sino controlar la legalidad y razonabilidad de las normas administrativas (Maraví Súmar, 2013, p. 64).

El artículo 10 del decreto legislativo 1256 preceptúa que cuando en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas iniciado a pedido de parte, la Comisión o Sala declare la ilegalidad o carencia de razonabilidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas o la ilegalidad o carencia de razonabilidad de barreras burocráticas materializadas en actos administrativos o actuaciones materiales de la Administración, dispone su inaplicación solo al caso concreto en favor del denunciante.

Así, el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas constituye un control de legalidad, aunque de raíz constitucional, para la tutela de derechos económicos fundamentales.

Así, en la resolución 182-97-TDC, publicada el 20 de agosto de 2007, caso Inversiones La Merced S.A., la Sala de Defensa de la Competencia estableció un precedente de observancia obligatoria sobre los criterios que deberían tenerse en cuenta para determinar la existencia de una barrera burocrática ilegal o irracional que impida el acceso o permanencia en el mercado. La Sala confirmó la resolución de la Comisión de Acceso al Mercado que declaró que no aplicaba a la empresa denunciante un decreto de alcaldía de la Municipalidad Provincial de Trujillo que obligaba a los taxistas a pintar la carrocería de sus autos de color amarillo cromo, así como sus techos de color negro. La Sala fundamentó su decisión en la tutela del derecho de la libre iniciativa privada:

El artículo 9° del decreto legislativo 757 establece que toda persona tiene el derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que considere conveniente. La libre iniciativa privada en materia de prestación del servicio de transporte bajo la modalidad de taxi, involucra también la utilización de determinados colores en la presentación de las unidades de transporte.

El artículo 12 del decreto legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, desarrolla el principio de no discriminación económica. Así, establece que ninguna autoridad, funcionario o empleado del gobierno central, gobiernos regionales o locales ni empresas del Estado puede establecer o aplicar tratamientos discriminatorios ni diferenciados entre los inversionistas y las empresas en que estos participen, basándose en sectores o tipo de actividad económica o en la ubicación geográfica de las empresas.

Cabe señalar que en el derecho comparado el artículo 19.22 de la Constitución chilena de 1980 lo consagra explícitamente como derecho de interdicción de la arbitrariedad:

La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Solo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de estos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos.

Así, como precisa Evans, este derecho es una limitación a la discrecionalidad administrativa:

Por consiguiente, cualquier intento del Estado, de cualquier organismo u autoridad, aunque ejerza funciones encomendadas por la ley, o del legislador, por imponer gravámenes, restricciones o cargas que no tengan una clara e indiscutible justificación objetiva, fundada en hechos y no en temores o en suspicacias administrativas de connotación subjetiva, constituye una discriminación arbitraria e inconstitucional. Hay implícita, en consecuencia, en el 22 del art. 19, una limitación a la discrecionalidad administrativa, la que constituye un saludable instituto en un estado de derecho (Evans de la Cuadra, 1999, p. 203).

En el Perú, en reiteradas resoluciones tanto la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas y la Sala de Defensa de la Competencia se han pronunciado invocando este principio-derecho de protección de las actividades económicas para declarar la existencia de una barrera burocrática de acceso al mercado impuesta por la Administración²⁶⁴. Así, en un caso en el cual la Municipalidad Distrital de San Borja estableció mediante ordenanza el requisito de contar con una clasificación mínima de cuatro estrellas para el otorgamiento de licencia de funcionamiento que permita operar con el giro de hospedaje, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas declaró en la Resolución 0151-2012/CEB-INDECOPI, que tal exigencia era una barrera burocrática por contravenir el artículo 12 del decreto legislativo 757.

Con relación a la revocación de licencias, la Sala de Defensa de la Competencia 1 del INDECOPI, mediante resolución 1535-2010/ SC1-INDECOPI, de fecha 3 de mayo

²⁶⁴ Destacan, entre otras, la resolución 0151-2012/CEB-INDECOPI, de 12 de junio de 2012; la resolución 1221-2011/SC1-INDECOPI, de 28 de junio de 2011 que confirmó la resolución 0186-2010/CEB-INDECOPI; y la resolución 0026-2012/SC1-INDECOPI, de 4 de enero de 2012, que confirmó la resolución 0059-2011/CEB-INDECOPI.

de 2010, confirmó la resolución 0128-2009/CEB-INDECOPI de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, en el extremo que declaró como barrera burocrática ilegal la prohibición de circular vehículos de transporte interprovincial de personas en las zonas «Huaral Damero Histórico» y «Huaral Centro Urbano», establecida en la ordenanza 009-2009-MPH, de la Municipalidad Provincial de Huaral, dado que se consideró que se había revocado de manera indirecta la licencia de la empresa denunciante, sin respetar el procedimiento previsto en los artículos 203 y 205 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Asimismo, la Sala de Defensa de la Competencia 1 aprobó un precedente de observancia obligatoria en los siguientes términos:

1. El desconocimiento de derechos e intereses conferidos por un acto administrativo debe respetar los requisitos para la revocación establecidos en los artículos 203 y 205 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.
2. Constituyen revocaciones indirectas el impedimento o restricción del ejercicio de los derechos e intereses conferidos por un acto administrativo, sin que exista un pronunciamiento expreso desconociendo tales prerrogativas. Todas las revocaciones indirectas son ilegales, porque ello implica que la Administración no siguió el procedimiento establecido en los artículos 203 y 205 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.
3. Cuando el cambio de circunstancias que origina la revocación es atribuible al propio administrado, no resulta aplicable el procedimiento de revocación regulado en los artículos 203 y 205 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.
4. En los casos que corresponda otorgar indemnización, esta debe compensar los perjuicios económicos originados hasta la notificación al administrado de la resolución de revocación. Las inversiones efectuadas posteriormente no deben ser contempladas en la resolución de revocación como parte de la indemnización.
5. Cuando se originen perjuicios económicos indemnizables, la resolución de revocación deberá señalar como mínimo la cuantía de la compensación y la autoridad encargada de efectuar el pago. La indemnización se paga de manera integral, en dinero en efectivo, y es exigible a partir de la emisión de la resolución de revocación.

La Sala de Defensa de la Competencia 1 invoca como fundamento constitucional del precedente el concepto de expropiación indirecta y considera a la revocación como una afectación al derecho fundamental de propiedad. Así, en los párrafos 11, 12 y 13 afirma:

11. Cuando la Administración desconoce derechos que anteriormente reconoció a particulares, suele privarlos de su propiedad privada, afectando sus inversiones.

La Constitución Política del Perú impone restricciones generales a la privación de propiedad, estableciendo que ninguna persona puede ser privada 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.

12. Esta protección fue diseñada específicamente para las expropiaciones tradicionales, pero hoy se admite en el derecho internacional y en la jurisprudencia extranjera que también alcanza a las denominadas «expropiaciones regulatorias o indirectas». Es decir, a actos gubernamentales que afectan el valor de la propiedad, sin despojar al propietario de su título. Por eso, dicha protección ha sido recogida en los 33 convenios bilaterales de inversión celebrados por el Perú, por el Tribunal Constitucional y defendida por autores nacionales.

13. Esta lógica ha sido trasladada a la ley 27444, para el caso específico del procedimiento de revocación de los actos administrativos que confieren derechos o intereses a los particulares. Ello debido a que, a través de un procedimiento de revocación, se puede privar parcial o totalmente a los particulares de sus derechos de propiedad (protegidos a través de distintos títulos habilitantes, como por ejemplo licencias de funcionamiento).

CAPÍTULO 13

LA COMPETENCIA ECONÓMICA

1. INTRODUCCIÓN

Artículo 61. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

La finalidad esencial de la normativa que protege la libre competencia es garantizar el correcto funcionamiento de la economía social de mercado como sistema constitucionalmente escogido, 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 técnicas 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 Gómez, 1988, I, 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». Debe este cuidar que exista y se perpetúe. 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. Es así que la regulación en esta materia no solo debe ser promercado, 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.

Para comprender a cabalidad la motivación y extensión de la protección constitucional y legal de la competencia económica, es preciso reconocer las profundas, recíprocas y vigentes conexiones e influencias entre el derecho y la economía en las sociedades modernas. Recordar, a su vez, que la libertad de competencia y el aprovechamiento de los bienes económicos se encuentran normados por el derecho. El derecho de los ciudadanos a satisfacer un interés legítimo como acceder al mercado y competir deberá ajustarse no solo a satisfacer ese interés, sino también cumplir con el deber de no abusar de esa libertad que la Constitución y las leyes le otorgan.

Ese deber está dirigido a sostener el sistema económico constitucionalizado y hacer viable la competencia económica libre y leal. Si el agente económico no lo cumple, el individuo o las empresas serán 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 máxima libertad posible.

Se persigue, pues, la vigencia de derechos fundamentales no solamente contra el poder, como lo fue antes, sino contra las conductas abusivas en las que pudieran incurrir otros ciudadanos. En ello se encuentra la razón de la existencia de un conjunto numeroso y variado de autoridades y organismos reguladores encargados de salvaguardar el funcionamiento del mercado. Otra vez, como siempre antes, aparecen frente a frente Estado y mercado, una antigua y permanente relación no carente de conflictos y tensiones, generadora de una frondosa legislación de carácter administrativo y técnico.

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 implícita y 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 que está integrada por las denominadas libertades económicas (establecimiento y circulación de bienes, capitales y personas) y 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.

Es necesario recordar que cuando las empresas acuden al mercado esperan obtener rentabilidad, es decir, ganancias por su trabajo e inversión, y para ello deben realizar un conjunto complejo de tareas de acuerdo al área en que se encuentren. Investigación en productos y servicios, diseño de productos y campañas publicitarias, análisis de costos y precios, canales de venta o distribución, características del personal adecuado, localización física y un largo etcétera. Siempre hay una probabilidad de éxito o un riesgo de fracaso. Encontrar la conexión adecuada con los proveedores y consumidores es una tarea de envergadura que exige generalmente mucha determinación, pues suelen estar presentes los competidores que persiguen los mismos objetivos. Todo ello forma parte esencial del contenido de la oferta y la demanda. Esta realidad hay que tenerla presente, porque es la que motiva la natural agresividad empresarial, y a veces los abusos de las empresas en detrimento de los consumidores y del mismo sistema.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia pronunciada el 11 de noviembre de 2003, correspondiente al expediente 0008-2003-AI/TC, en el caso de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4 del decreto de urgencia 140-2001, afirmó en el fundamento jurídico 33 que la libre competencia y las demás libertades patrimoniales consagradas en la Constitución y ejercitadas en el seno del mercado presuponen tres requisitos: (i) la autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica; (ii) la autodeterminación para elegir la circunstancia, modo y forma de ejercitar la actividad económica; y (iii) la igualdad de los competidores ante la ley.

Conviene recordar que la libertad de competencia tiene como presupuesto legítimador inherente a su ejercicio el cumplimiento de una función social, que actúa como límite de las actividades económicas competitivas y que se manifiesta en la legislación específica correspondiente, la que no desvirtúa el contenido esencial de la libertad de empresa, sino que persigue mantener en un plano de igualdad a los agentes económicos que participan en el mercado y proteger a los consumidores y usuarios.

2. CONCURRENCIA, COMPETENCIA Y MERCADO

2.1. La competencia económica como contenido esencial de la libertad de empresa

2.1.1. Nociones de concurrencia y competencia

Empleamos con frecuencia y en variados sentidos la palabra «competencia», pero 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. También de riesgo, de obstáculos a superar en un mundo cambiante que exige y plantea retos y demandas que es necesario enfrentar. En el mundo de las personas, si bien la lucha por la vida es, en cierto sentido, siempre competencia, todos no la practican, al menos en el sentido en que empleamos aquí el término. Diferente es en el caso de las empresas, donde es casi siempre inevitable. Tanto personas como empresas, si no compiten o lo hacen mal, son en el lenguaje diario «no competitivas», y por duro que sea, en las sociedades regidas con diversa intensidad por el capitalismo y la democracia representativa, quien no compite o lo hace mal pierde estima social. No estamos en esta materia en el mundo de Dios, sino en el de César.

Es preciso tener presente que 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 la concurrencia hace referencia a la pluralidad de empresarios oferentes de bienes o servicios en el mercado, competencia significa rivalidad entre ellos.

Como bien señala Font Galán:

La concurrencia es el sustrato económico material de la competencia entre empresarios y también el presupuesto fáctico natural de la competencia, entendida como elemento institucional básico y esencial del sistema de economía de mercado. Sin una previa situación de concurrencia no es posible hablar de competencia entre empresarios, ni tampoco del funcionamiento efectivo del sistema de economía de mercado. En cambio, la competencia es una modalidad de concurrir en el mercado, esto es, una particular forma de ejercitar las actividades empresariales, en situación de concurrencia (competencia entre empresarios); y sustanciada la competencia en una cualidad dinámica del ejercicio de la actividad empresarial, se comprende fácilmente el distinto plano en el que se sitúan ambos conceptos (Font Galán, 1987, p. 24, n. 1).

Desde el punto de vista de la concurrencia y el acceso al mercado, es pertinente recordar los actos de limitación (o de policía) para poder concurrir o acceder, las

cuales constituyen un instrumento poderoso del accionar administrativo. Pueden ser muy diversos²⁶⁵, y en unión con las políticas de fomento (incentivos fiscales, préstamos preferenciales, etc.) forman parte de los instrumentos de intervención del Estado en la economía. Pueden, en ocasiones, tener un carácter de excepción, cuando la actividad está prohibida, y otorgar un poder excepcional, quizá monopolístico, a la empresa autorizada. No cabe duda de que cuanto más discrecional sea el accionar de la Administración, mayor será su poder y el riesgo de influir en el mercado y alterar las reglas de la competencia. Es por ello que en algunos casos se exige que el procedimiento de autorización sea público, a fin de que puedan interaccionar terceros interesados. Las llamadas barreras de entrada, que pueden originarse por disposiciones legales, concentraciones económicas o acción de los competidores, constituyen elementos claves a tener presentes en el derecho de la competencia, que persigue promover y proteger la libre y leal competencia.

Hay que advertir que la política que promueve la competencia tiene por finalidad establecer las condiciones para el desarrollo de los negocios en el mercado, para hacer posible las transacciones económicas, esto es, un ordenamiento en el que el Estado asume y garantiza determinadas reglas aplicables a los participantes en condiciones de igualdad. De ahí el especial cuidado que hay que tener —y no se ha tenido en cuenta entre nosotros— al celebrar convenios de libre comercio con países con economías más desarrolladas, pues las estrategias que se asumen pueden no coincidir, en términos estrictamente competitivos, con las necesidades de un país en vías de desarrollo.

Es indispensable que las autoridades y las empresas tengan claro cuáles son los objetivos que se persiguen en una política que promueve y protege la competencia,

²⁶⁵ Mediante la intervención administrativa se restringe la libertad o derechos de los particulares, pero sin que se sustituya la actuación de estos por el Estado. Esa actividad supone el ejercicio concreto de una potestad administrativa con un acto de por medio y no efecto directo de una norma (Parada, 2002, p. 390). Ahora bien, la actividad administrativa de limitación responde, dice Ramón Parada, a una escala. El grado menor está constituido, por ejemplo, por los deberes o cargas que la administración puede exigir a las empresas mediante la remisión de información. Un grado mayor es el sometimiento del ejercicio de un derecho a una autorización, «la técnica reina del control preventivo», que no es otra cosa «que una constatación reglada por la Administración de que se dan las condiciones requeridas para ello, constatación que tiene ese exclusivo objeto de comprobar que el supuesto de hecho previsto en la norma definidora se cumple efectivamente» (Parada, 2002, p. 390). La autorización, también denominada licencia, importa el reconocimiento de un derecho pre-existente, pero que no puede ejercerse sin previa conformidad; esto es, no amplía el campo de los derechos del autorizado. El permiso, que algunos incluyen entre las autorizaciones, comporta una exención que beneficia con la ventaja que produce un bien común (ejemplo, portar armas), convirtiéndose en una tolerancia precaria concedida discrecionalmente que no crea ningún derecho subjetivo a favor del sujeto (Dromi, 1995, p. 579). Finalmente, un grado de limitación mayor lo constituye una prohibición formal de hacer o la imposición de una determinada conducta positiva, como el cierre de establecimientos por razón de calamidad pública.

de conformidad con lo establecido en nuestra constitución económica. La competencia no es un fin en sí misma, es la vía para lograr objetivos vinculados al desarrollo económico, específicamente eficiencias que permitan a las empresas ubicadas en el país poder competir con éxito en el mercado internacional y satisfacer con alta productividad los productos y servicios requeridos para lograr el bienestar de la población. En otras palabras, hacer realidad el modelo económico constitucional de la economía social de mercado, cuyas columnas distintivas son la iniciativa privada, el principio de subsidiaridad, la superación de desequilibrios sociales y el logro del bienestar general.

2.1.2. Daño concurrencial

El régimen de competencia está basado en la licitud del daño concurrencial, pues «es perfectamente admisible y resulta inevitable que el competidor, en el desarrollo normal y legítimo de su actividad, cause un perjuicio a los concurrentes» (Baylos Corroza, 1978, p. 228). Dice Baylos que cada empresario, en el desarrollo de la pretensión de captar 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. «La actividad concurrencial se manifiesta, pues, como un esfuerzo dirigido a conseguir ventas actuales y a asegurarse adhesiones para el futuro, de modo que en torno a cada empresa se forme ese núcleo de compradores eventuales que se denomina la clientela. Por eso, realizar actos de publicidad y propaganda de los productos y servicios ofrecidos o de la empresa que los ofrece es estrictamente hacer competencia a los otros empresarios concurrentes, aunque en la realidad no se expandan aún los productos promovidos por esa publicidad» (p. 229). Este concepto de daño concurrencial ha sido interiorizado y aceptado por los agentes económicos, los funcionarios públicos y los abogados, y ha tenido repetido reconocimiento en las resoluciones administrativas del Indecopi²⁶⁶.

2.1.3. Competencia prohibida

La competencia ilícita tiene dos manifestaciones: la competencia prohibida y la competencia desleal; de esta última la trataremos más adelante. 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

²⁶⁶ Por ejemplo, en su resolución 0347-2006/TDC-INDECOPI, señaló: «el daño sufrido por el competidor debido al uso de un mensaje publicitario alusivo será considerado un daño aceptable y natural, es decir, un daño concurrencial lícito, salvo que sea capaz de menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado de un competidor y, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar su permanencia en el mercado».

por ley se crean monopolios estatales (lo que no es posible de acuerdo al artículo 61 de la actual constitución, 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.

Uno de los supuestos más importantes era aquel que consignaba el artículo 114 de la Constitución de 1979 en virtud del cual el Estado mediante ley podía reservarse actividades productivas y de servicios (ver Kresalja, 2001, p. 272 ss.). Esta reserva, que ya no existe en nuestra vigente constitución, sustrae de la actividad privada el ejercicio de algunas actividades económicas por razones de interés público o general.

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. Por ejemplo, en el contrato de cesión de empresa normalmente se establece la obligación del cedente de abstenerse de ejercer la misma actividad económica que constituye el objeto de la empresa cedida, al menos en el habitual territorio bajo su influencia, con el objeto de que el transmitente no distraiga a la clientela y no obstaculice la obtención de una nueva por parte del adquirente.

En la competencia desleal, en cambio, la actividad es en sí misma lícita y permisible, y solo está prohibido ejercerla por determinados medios reprobables que la ley castiga.

2.1.4. Noción de mercado. Mercado relevante. Fallos del mercado

«Mercado», al igual que «competencia», son términos extraídos de la ciencia económica. El primero 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. Fikentscher, refiriéndose a los criterios determinantes de la existencia de un mercado, señala que «un mercado se delimita a través de tres determinantes: un bien, un espacio y un tiempo. Estas tres dimensiones están entre sí unidas por una relación recíproca, de modo que el bien se determina a través del tiempo, y el tiempo a través del bien y del espacio [...] y la relación entre las tres dimensiones se califica como interdependencia o interrelación de las determinantes del mercado» (Fikentscher, citado por Font Galán, 1987, p. 45).

Como lo indica su nombre, una economía de mercado presupone una economía basada en el mercado —cuyo funcionamiento es apolítico y sin referencia a valores morales— al que se confía el desenvolvimiento del proceso productivo, porque el mercado es un mecanismo de información y en esa dimensión técnica resulta neutral,

es decir, ni solidario, ni insolidario; los incentivos que provee son estrictamente económicos y es ajeno a valoraciones éticas. Sin embargo, 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.

Por su parte, la noción de «mercado relevante» se suele definir por las autoridades administrativas y judiciales al momento de analizar los casos que se les someten, para determinar la existencia de restricciones a la competencia, esto es, la incidencia que pudieran tener los abusos de posición dominante o las concentraciones. «El mercado relevante está delimitado por unos bienes y servicios determinados, caracterizados por su sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda, dentro de un ámbito geográfico y temporal determinados» (Bercovitz, 2001, p 119). Se trata de un tema complejo no tratado en nuestra legislación, aunque sí desarrollado en algunas resoluciones administrativas (ver Bullard, 1992, p. 528 ss.; Bellamy, Pecañol & Child, 1992, p. 528 ss.; Cabanellas de las Cuevas, 1983, p. 306 ss.).

La lógica de las normas protectoras de la competencia es evitar el uso indebido del poder de mercado por parte de las empresas. La forma de identificar si se está haciendo uso indebido del poder de mercado es delimitar el ámbito en que dicho poder puede ejercerse, es decir, qué tanta posibilidad existe de que una empresa fije las condiciones de venta sin el riesgo de verse enfrentada por sus rivales y de perder a su clientela. Para tales efectos se delimita el mercado relevante, considerando el «mercado de producto» conformado por los bienes que pueden ser adquiridos en sustitución del que vende dicha empresa, y el «mercado geográfico» delimitado en función de la ubicación de los proveedores alternativos a dicha empresa. Así, el mercado relevante estará conformado por el bien que ofrece la empresa en cuestión y los bienes sustitutos, producidos y comercializados en el área donde opera la empresa y los proveedores alternativos²⁶⁷.

²⁶⁷ Como parte de su labor de evaluación de infracciones a las normas, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI ha definido en diversas ocasiones el mercado relevante para cada caso concreto.

La ciencia económica ha puesto de relieve que en determinadas ocasiones el mercado no funciona correctamente, esto es, no optimiza el bienestar social, sino que incluso puede empeorarlo (ver Font Galán, 1987, p. 131 ss.; Rivero Ortega, 2001, p. 35 ss.; García Belaunde, 1993, II, p. 53 ss.). Para corregir esos fallos, a veces han tenido éxito político los proyectos para restringir la competencia, lo cual es un error, pues no son lo mismo fallos de mercado que competencia limitada. Un ejemplo clásico de esos fallos es el de los denominados «bienes públicos», esto es, aquellos que una vez producidos son disfrutados por un importante número de personas y no solo por aquellos que los producen, sin que se les pueda cobrar por ello, como son los casos de la seguridad, la defensa o la administración de justicia. A pesar de ser un tema polémico, se considera que si se dejara al mercado la provisión de estos bienes se tendría menos seguridad, defensa o justicia. Otros casos conocidos de fallos del mercado son los de las externalidades, esto es, actuaciones en el mercado que son soportados por personas distintas a quien las generó (costos ambientales, por ejemplo) y el de la información asimétrica (en el contenido y efectos de las medicinas, por ejemplo).

Por ejemplo, la Comisión ha señalado lo siguiente: «La posición de dominio de un agente económico se define con relación a un determinado mercado en el cual se realizan ofertas y demandas de un producto específico y de sus sustitutos cercanos. En tal sentido, para determinar el mercado relevante debe identificarse previamente el producto y sus sustitutos cercanos, para luego delimitarlo geográficamente» (resolución 066-96-INDECOPI/CLC, del 17 de julio de 1996. Metales Bera del Perú S.A. contra MINSUR S.A. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato). En cuanto a los elementos a considerar para determinar el mercado relevante, la comisión ha señalado: «Para determinar el mercado del producto relevante, primero debe definirse el producto o servicio materia de análisis, identificando las características de los agentes económicos que constituyen la demanda y oferta de dicho producto. Seguidamente, es necesario identificar los posibles sustitutos cercanos, que ante variaciones en el precio del producto analizado podrían reemplazarlo sin mayores inconvenientes. Se requiere también identificar a las empresas que producen estos sustitutos». Adicionalmente, la Comisión ha precisado que «dentro del análisis del mercado geográfico debe considerarse la capacidad de los consumidores locales para acudir a proveedores fuera del lugar donde se encuentran, si ello resulta una operación fácil o de un costo competitivo, dichos proveedores deben ser incluidos en el mercado, porque los productores locales no tendrían la capacidad de ejercer poder sobre el mercado sin la cooperación de aquellos» (resolución 022-97-INDECOPI/CLC, del 26 de setiembre de 1997. Formas Continuas y Derivados S.A. contra Servicios Postales S.A. - SERPOST, por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación). En la resolución 059-2011/CLC-INDECOPI del 15 de noviembre de 2011 se definió el mercado relevante de la siguiente forma: «La determinación del mercado relevante se realiza definiendo el mercado de productos y el mercado geográfico. El mercado de producto relevante incluye todos los bienes o servicios que, desde el punto de vista del consumidor, son sustituibles por sus características, precios o usos (bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares). El mercado geográfico relevante incluye la zona geográfica donde se encuentran las fuentes o proveedores alternativos a los que el consumidor o cliente podría acudir bajo las mismas o similares condiciones de mercado».

Esos fallos del mercado son los que justifican que en ciertas ocasiones el Estado intervenga o se convierta en proveedor de bienes públicos, o que regule de forma tal que los costos ambientales, por ejemplo, sean soportados por quien los provoca. Sin embargo, la ciencia económica ha también señalado que esos fallos del mercado no son fallos de la competencia y que, por tanto, resulta un error restringirla para resolverlos. En efecto, para que una fábrica asuma los costos de la contaminación que provoca no es necesario estatizarla. La necesidad de regulación para enfrentar los fallos del mercado no significa entonces suprimir la competencia, porque el problema está en el mercado y no en la competencia.

Otros fallos del mercado son la existencia de monopolios y empresas dominantes que actúan sin que los competidores puedan alterar esa condición, lo que les permite imponer precios por encima de una relación competitiva normal. También lo son aquellas situaciones en las que por ausencia de información o por su distorsión los consumidores no pueden optar por las alternativas que más les convengan, o aquellos casos excepcionales en los cuales determinados bienes o servicios no tienen sustitutos accesibles.

No debe entenderse por lo dicho que sea aconsejable introducir competencia en todas las actividades humanas. Tomemos el caso, por ejemplo, de los monopolios naturales, actividades en las que debido a las economías de escala o a las ventajas de integrar varias actividades en una sola empresa, se puede producir a costos más bajos que si hubiera varias. Sin embargo, hay que tener mucho cuidado en el caso de esos monopolios, porque a veces no son tan «naturales», sino que responden a preferencias del Estado o a razones históricas superables, fundamentalmente por desarrollos tecnológicos recientes. Otro motivo por el cual a veces no se recomienda introducir competencia es porque la organización de esta tiene costos, esto es, la gente emplea dinero y tiempo en buscar con quién es mejor contratar. Hay que tener en cuenta que muchas actividades no se organizan en mercados, y es necesario en estos casos comparar los beneficios que proporciona el mercado, en términos de mayor eficiencia, con lo que cuesta. Se trata de los llamados «costos de transacción»; por ejemplo, los atolladeros de tránsito deben ser resueltos sobre la base del razonamiento y no del mercado.

2.1.5. Reconocimiento constitucional y legal

El reconocimiento constitucional a la competencia económica es reciente, pues aparece en la Carta Fundamental de 1979 y se ratifica en la vigente. «Las diversas referencias a monopolios, acaparamientos, estancos y reservas en los textos constitucionales anteriores al de 1979, algunos pocos felices, no son propiamente antecedentes, por lo que podemos afirmar que el reconocimiento constitucional

específico a la competencia económica se inicia con el artículo 133º de la de 1979 y se perfecciona en el artículo 61º de la de 1993. La competencia (que hunde sus raíces en la libertad individual) en su dimensión política social es inspiradora del sistema de economía de mercado y debe premiar el esfuerzo de una conducta que ha utilizado iniciativa e inventiva. Y para que esa competencia sea efectiva, beneficie a los consumidores y a la economía del país, debe realizarse sin acuerdos que la restrinjan, sin abusos y con lealtad» (Kresalja, 2004, p. 525).

El reconocimiento que hace el artículo 58 de la Carta Fundamental 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.

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 no solo queda reconocida la existencia de la libre competencia económica, sino también la obligación del Estado de facilitarla y de vigilarla, así como también de sancionar los abusos que se consideren a ella contrarios. Como veremos más adelante, es a través de leyes específicas que se ha señalado cuales son los actos o conductas ilícitos que merecen sanción.

De otro lado, el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente que el concepto de libre competencia se encuentra incorporado en nuestra Carta Fundamental, expresando que supone dos aspectos esenciales, como ya hemos puesto de manifiesto antes: la libertad de acceso al mercado y la libertad de iniciativa o actuación dentro de este. Es misión del derecho garantizar que se den las condiciones para que ella se manifieste²⁶⁸.

²⁶⁸ STC Exp. 3315-2004-PA, caso Agua Pura Rovic S.A.C.

El teórico más afamado en el tema de la tarea comunitaria de crear condiciones marco convenientes para la economía es quien durante años tuvo a su cargo la cátedra de filosofía moral en Glasgow y fue autor de una *Teoría de los sentimientos morales*: Adam Smith. Su trabajo que le depara incluso fama mundial sigue fiel al punto de vista de los sentimientos morales. Tal como anuncia el título, en su *investigación de la [...] riqueza de las naciones* Smith se interesa por el bienestar particular de los empresarios («capitalistas»). Por el contrario, si bien en la búsqueda de ventajas ve un rasgo básico del hombre, critica el intento de los «capitalistas» de incrementar sus ganancias, y se interesa finalmente por el bien común. A su pregunta guía sobre cómo aumentar la productividad del trabajo humano responde con la división del trabajo, que explica, no sobre la base de diferencias de dones, sino la tendencia al intercambio y a ejercer el comercio, pues con mayores mercados —dice Smith— se incrementa la división del trabajo.

Muchos consideran a Smith un liberal del *laissez faire* que solo apuesta al libre mercado y que canta un himno de alabanza al lucro empresarial, que incluso puede ser ilimitado. Es verdad que alaba el libre mercado, pero no porque este sirva a los empresarios, sino porque —tal la opinión de Smith— sirve al bien común, ya que estimula la creatividad, a audacia, y el esfuerzo, además del *ethos* del trabajo y el ahorro; incrementa la capacidad y la disposición del trabajo, disminuye los costos, no solo financieros, impulsa la oferta (orientada por la demanda) de bienes, servicios y su efectiva distribución, y, por último, los mayores precios atentan contra el derroche.

Smith alaba al mercado, no debido a las elevadas ganancias empresariales, sino, por el contrario—afirma— porque los salarios son altos, los precios bajos y las ganancias relativamente pequeñas, o sea, por resultados que beneficiarían a la mayor parte de la población: los trabajadores asalariados y los consumidores.

Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo
Otfried Hoffe

2.2. El mercado imperfecto

2.2.1. El modelo de competencia imperfecta

El modelo de competencia imperfecta se entiende si se compara con el de la competencia perfecta, inexistente en la realidad, pero válido para el análisis y muy utilizado en los ejercicios académicos. El de la competencia perfecta se caracteriza por el acceso libre y sin trabas al mercado; un número considerable de operadores o unidades económicas; la homogeneidad de productos y servicios; la ausencia de control o determinación de los precios; la transparencia del mercado y la abundancia y pertinencia de toda la información relevante sobre bienes y servicios, así como las condiciones de su comercialización; la movilidad de los factores de producción

(capital, trabajo y tecnología) y su libre transferibilidad (ver Font Galán, 1987, p. 34 ss.; Galán Corona, 1977, p. 34 ss.; Samuelson, 1966, p. 540 ss.).

Sin embargo, 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, y que cuando ella ocurre, los productos y servicios satisfacen las mismas necesidades. 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 multinacionales, que gozan de un gran poder 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 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» (*workable competition*), en la medida en que se concibe como un proceso dinámico que debe adaptarse a las circunstancias cambiantes de mercado, asumiendo y realizando el progreso tecnológico, lo que solo se da en forma uniforme en determinadas empresas y en mercados individuales. No existe, por cierto, unanimidad sobre las medidas que se deben adoptar para promoverla y existen variadas respuestas económicas e ideológicas al respecto, pero hay casi unanimidad en aceptar una legislación que proteja la libre competencia.

Es preciso considerar, además, que en el sistema de capitalismo maduro existente en los países desarrollados —y también en el sector moderno de nuestra economía, aunque con intensidad distinta— el volumen de la producción y la oferta no viene siempre determinado por una demanda libremente formada, sino en virtud de estrategias que los grandes grupos económicos empresariales buscan y controlan, esto es, por factores ajenos a la calidad y precio de los productos y servicios, y por la influencia psicológica en consumidores y usuarios a través de la publicidad y el marketing.

Esto no debe hacer olvidar que, a pesar de ello, la regulación jurídica se aplica a un escenario en el que existe, si bien con matices, iniciativa privada y actividad económica libre, pluralidad de empresarios, libertad de contratación y libertad en los consumidores para optar por los bienes y servicios que consideran más convenientes a sus necesidades.

Cuando las leyes hacen referencia a la competencia económica no la definen, pero es evidente que se refieren a la que se desarrolla en la vida real. Descriptivamente, puede decirse, siguiendo el modelo de competencia imperfecta antes descrito, que en la realidad del mercado existen diversas empresas que actúan de manera autónoma y que con frecuencia se influyen entre sí, utilizando para conquistar clientela y obtener beneficios los parámetros de precio, calidad, publicidad, tecnología, servicios posventa, etc. La competencia económica trae consigo mayores beneficios a los consumidores y usuarios, aunque ello no siempre sea posible.

2.2.2. Ayudas, subsidios e incentivos fiscales

Para que tenga real vigencia, la competencia económica no debe estar falseada —real o potencialmente— por determinadas acciones estatales. Así, por ejemplo, las «ayudas» otorgadas a las empresas con fondos estatales amenazan o falsean la competencia, pues se favorece a unas empresas sobre otras, alterándose las reglas comerciales. Ahora bien, para recibir tal nombre, las ayudas deben ser públicas (fondos estatales), otorgarse selectivamente y afectar la competencia.

El término «ayuda» tiene un alcance polivalente y con frecuencia se le confunde con el de «subvención». Como dicen los profesores españoles Calvo y Carrascosa:

Si se interpreta el término subvención en un sentido taxativo, se entiende por tal únicamente el supuesto de prestaciones dinerarias o en una especie acordada, cuyo único objetivo no es otro que consolidar la permanencia de una empresa en el mercado, siendo indiferente, a estos efectos, que los consumidores o usuarios finales cubran los costes de los bienes o servicios producidos por la empresa beneficiaria de la subvención. Suele hablarse, en este concreto contexto, de subvención, aportación o cantidad a fondo perdido o de subvención para el saneamiento. Por el contrario, el término ayuda tiene un significado más amplio: comprende no solo prestaciones positivas como las subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos (Calvo Caravaca & Carrascosa González, 2001, p. 197)²⁶⁹.

²⁶⁹ Ver también Gimeno, 1995, p. 147 ss.

Las denominadas ayudas se presentan en una amplia gama de supuestos, tales como subvenciones, exoneraciones de impuestos y otros tributos, bonificaciones de intereses, garantías de préstamos en condiciones más favorables, cesión gratuita de inmuebles, cobertura de pérdidas, precios predatorios o subvenciones cruzadas en caso de empresas estatales, etc. Lo que nos interesa subrayar aquí no es tanto la forma que adquiere la ayuda sino sus efectos sobre la competencia económica.

La ayuda es una ventaja gratuita de real importancia obtenida por un operador o empresa que no la hubiera recibido normalmente. En otras palabras, es la adquisición de una determinada ventaja frente a los competidores mediante el sacrificio que hace la comunidad de contribuyentes, pues es el Estado el que ayuda sin una contrapartida tangible. Se trata de una operación financiera o de otro tipo que no hubiera podido darse en condiciones normales, esto es, basada en las expectativas de rentabilidad de una inversión, con independencia de consideraciones de carácter social o de desarrollo regional o local. Por tanto, no se trata de los capitales que podría invertir o colocar el Estado en una empresa en condiciones normales del mercado.

Desde la perspectiva del derecho de la competencia, es necesario examinar las «ayudas» desde la óptica de las empresas competidoras de la que ha recibido la ayuda, pues son los impuestos que pagan —aunque sea en mínima proporción— los que sirven para beneficiar a un competidor generalmente más ineficiente, beneficio que recae en sus propietarios y trabajadores. De otro lado, las ayudas públicas también distorsionan los mercados al alterar los mecanismos de formación de precios.

Hay que tener presente, sin embargo, que las ayudas están aceptadas en ciertos países. En la Unión Europea²⁷⁰, por ejemplo, si bien la regla básica es la incompatibilidad de las ayudas con el mercado común (artículo 87.1 del Tratado de la Comunidad Europea), hay casos en los que se permiten: las de carácter social concedidas a consumidores individuales; las destinadas a reparar perjuicios causados por desastres naturales; las dirigidas a favorecer la economía de determinadas regiones de menor desarrollo; las destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio histórico; entre otras. La pertinencia, viabilidad y admisión o no de estas excepciones se encuentra frecuentemente presente en los debates públicos y significan un recorte generalmente aceptado de la competencia económica.

²⁷⁰ En la Unión Europea se consideran tres categorías de ayudas, en torno a las cuales se aglutinan el mayor número de ellas, a saber: i) las asignaciones financieras o varias fórmulas de participaciones pública en el capital de las empresas; ii) cuotas de ahorro, tales como la «exención de impuestos», desgravaciones fiscales o de cargas sociales, moratorias, fraccionamientos y aplazamientos de pago que se otorgan en condiciones de mercado inusuales. Se incluyen también la cesión de activos en condiciones excepcionales y las tarifas preferenciales; iii) operaciones de garantía, que son las realizadas por organismos públicos en empresas privadas, tales como garantías de amortización de créditos o garantías cambiarias a empresas exportadoras.

Sin embargo, en la Unión Europea el falseamiento de la competencia resultante de las ayudas no tiene que ser efectivo: basta acreditar su carácter potencial, esto es, que se configure la «simple posibilidad» de que tal falseamiento se produzca, por ejemplo, cuando la ayuda dificulte el acceso de otras empresas al mercado o restrinja sensiblemente la llamada «competencia de sustitución». En la Unión Europea se encuentran también prohibidas las ayudas destinadas a empresas que exporten fuera del territorio de la Unión, si es que parte de su producción va dirigida al mercado comunitario (Calvo Caravaca & Carrascosa González, 2001, pp. 223, 227).

Dentro del régimen económico constitucional, en el Perú no hay una norma que autorice explícitamente ayudas o subvenciones y, ateniéndonos al mandato constitucional, el tema está prácticamente dejado de lado, a diferencia de lo que ocurría en la Constitución de 1979, aun cuando el artículo 88 de la constitución vigente declara que el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. También es excepcional la disposición prevista en el párrafo *in fine* del artículo 79, que establece que solo por ley expresa, aprobada por dos tercios de los congresistas, puede establecerse selectiva y temporalmente un tratamiento tributario especial para una zona determinada del país.

Otra excepción está prevista en el título I («De la Persona y de la Sociedad»), artículo 17 de la Norma Suprema, que prevé que con el fin de garantizar la mayor pluralidad de la oferta educativa, y en favor de quienes no puedan sufragar su educación, la ley fija el modo de subvencionar la educación privada en cualquiera de sus modalidades, incluyendo la comunal y la cooperativa (artículo 17).

Más bien, solo puede entonces dar ayudas, y en forma más bien camuflada, cuando se trata de concesiones al sector privado o en los casos de privatizaciones, y no porque esté autorizado para hacerlo, sino porque de facto lo ha realizado, ante una cierta complacencia de una opinión pública no informada de las consecuencias de que así se haga. En efecto, con frecuencia las empresas a privatizarse están en mala situación económica y suelen por ello recibir ayudas directas o indirectas del Estado, fundamentalmente en el proceso de saneamiento anterior a su venta (ayudas de «salvamento»), que pueden terminar beneficiando al adquirente en forma excesiva. De ahí que se exija en esos procesos transparencia e imparcialidad. En nuestro país, por desgracia, en algunos casos no ha sido así, pero su análisis es un tema que excede al propósito de este capítulo.

2.2.3. Los derechos intelectuales

Las relaciones que existen entre los derechos intelectuales —el derecho de autor y la propiedad industrial— con el derecho de la competencia son estrechas y de singular

importancia. La consideración de los derechos intelectuales como derechos subjetivos privados y, a su vez, posiciones económicas privilegiadas, tienen incidencia directa en la competencia económica. Como sabemos, el uso por parte de los agentes económicos de conocimientos técnicos, signos distintivos y creaciones del intelecto es fundamental para poderse diferenciar de sus competidores y lograr la preferencia de los consumidores. Los derechos intelectuales suponen una limitación a la libertad general de competir.

En efecto, hay que tener presente que los derechos intelectuales entrañan la eliminación de toda competencia en determinados ámbitos, aunque sea temporalmente:

Las exclusivas de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial suponen una excepción a la libertad general de competir, que está encargado de salvaguardar y regular el derecho de la competencia económica; y por ello, en mayor o menor medida confieren al titular del derecho un verdadero monopolio, en el ámbito concreto de la materialización y reproducción de la creación protegida, que es un tipo de actividad económica para la que solo el que posee esa exclusiva está utilizado (Baylos, 1978, p. 209).

Puede afirmarse que, en su proyección patrimonialista, los derechos intelectuales se constituyen como una exclusiva de explotación en los ordenamientos jurídicos modernos para la protección del autor y del inventor, así como también en el ámbito de los signos distintivos de carácter mercantil. La exclusiva de explotación supone que únicamente su titular está facultado para llevarla adelante o para autorizar su uso a terceros. De esta forma, los derechos intelectuales son derechos de exclusión, adquiriendo su *ius prohibendi* una relevancia especial. Es probablemente por esta razón que, en el caso de los autores e inventores, tiene una duración temporal, pues, como dice Baylos, «sería intolerable socialmente conceder a perpetuidad a uno solo la facultad de convertir en reales las cosas posibles» (p. 213).

El valor económico del objeto protegido por los derechos intelectuales deriva justamente de la suspensión de la competencia. Así, por ejemplo, un libro no poseería valor patrimonial para su autor si cualquiera pudiera reproducirlo sin su consentimiento. En efecto, para el autor el valor económico se vincula con la posibilidad legal de impedir que nadie se constituya en su competidor, lo que también sucede con el inventor. En síntesis, en los derechos intelectuales el efecto suspensivo de la competencia es esencial, aunque no se da en todos ellos con el mismo grado o intensidad. Son distintas las condiciones y los plazos que se refieren a las creaciones intelectuales y artísticas, y al software, dentro del derecho de autor, y a las creaciones técnicas y a los signos mercantiles en el ámbito de la propiedad industrial.

En el Perú, el derecho de autor y la propiedad industrial están contenidos en dos normas comunitarias (las decisiones 351 y 486) y en dos decretos legislativos (822 y 823, respectivamente). A ello se suman importantes tratados internacionales de vigencia prácticamente mundial. En el ámbito de la propiedad industrial, el más importante es el Convenio de París, y en los derechos de autor los convenios de Berna y Roma. Recientemente, para ambas áreas ha entrado en vigencia el acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

El derecho de autor da protección a las obras literarias, artísticas y científicas, lo que incluye los programas de ordenador o software. Lo que se protege es la forma mediante la cual las ideas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas o el contenido ideológico o técnico, ni su aprovechamiento industrial o comercial. La normativa otorga derechos morales a los autores, que son inalienables e imprescriptibles, y derechos patrimoniales, tanto a los autores como a las personas jurídicas, cuya duración no es inferior a la vida del autor y setenta años después de su muerte en el primer caso y no inferior a cincuenta años a partir de su realización o divulgación para las personas jurídicas. Los derechos de autor no requieren para su reconocimiento ser inscritos en un registro, pero esta inscripción es facultativa.

En el ámbito de la propiedad industrial los institutos más importantes son las invenciones y las marcas. El plazo de protección al titular de una invención (persona natural o jurídica) es de veinte años, siempre que el invento sea nuevo, tenga altura inventiva y sea de aplicación industrial. Para las marcas es de diez años renovables, y debe tener siempre carácter distintivo. Las marcas notorias reciben protección más intensa. En la propiedad industrial el registro es constitutivo del derecho.

3. LA AGENCIA DE COMPETENCIA: INDECOPI

3.1. Diseño de la institución

La creación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) en el año 1992 y su impulso posterior tienen para el Perú y para varios países de la región un importante significado. Los métodos utilizados para estudiar los problemas que se le someten y las decisiones adoptadas ponen de manifiesto un cambio considerable en la apreciación de los asuntos bajo su competencia; esto es, los relacionados principalmente con los temas de la competencia económica y los llamados derechos intelectuales²⁷¹.

²⁷¹ Para una visión de su origen y propósitos políticos y económicos, ver por todos Kresalja, 2019.

El Indecopi reunió en una sola institución actividades que en países más desarrollados estaban separadas. Tomando solo en parte, como antecedente, las experiencias del ITINTEC (Instituto tecnológico industrial y de normas técnicas), creado en la década de 1970, se diseñó para que la promoción y protección de los derechos intelectuales (propiedad industrial y derecho de autor), que tienen significativa importancia en el desarrollo empresarial, sean analizados con los problemas resultantes de competencia económica, debido a dos consideraciones básicas: el estado de desarrollo peruano en estas materias, que era sin duda elemental, y el mucho menor costo operativo de tener unificadas esas funciones en una sola institución, a lo que se sumaba la necesidad de reunir un pequeño pero muy capacitado grupo de especialistas en esas materias, que era lo que el país podía brindar con seguridad.

Como bien ha puesto de manifiesto Bullard, el Indecopi no es propiamente un ente regulador, sino una «agencia de competencia» (2003, p. 625 ss.); 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. Por eso, esta última suele existir en los monopolios naturales o en la concesión de servicios públicos. En este sentido, como ya hemos dicho, el Indecopi no busca sustituir al mercado ni ser su protagonista, sino más bien fortalecer el proceso competitivo. Como bien ha puesto de manifiesto Bullard, el Indecopi no es propiamente un ente regulador, sino una «agencia de competencia» (2003, p. 625 ss.); 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. Por eso, esta última suele existir en los monopolios naturales o en la concesión de servicios públicos. En este sentido, como ya hemos dicho, el Indecopi no busca sustituir al mercado ni ser su protagonista, sino más bien a fortalecer el proceso competitivo. Por eso lo vemos en este capítulo. La distinción esencial se encuentra en que el cometido principal de los organismos reguladores es el control de la prestación de un servicio público para dar protección a los consumidores y usuarios, mientras que el Indecopi, tal como dispone el artículo 2 de su Ley de Organización y Funciones (decreto legislativo 1033 de 2008, modificado por los decretos legislativos 1308 y 1391 de los años 2016 y 2018, respectivamente) «es el organismo autónomo encargado de defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva». Excepcionalmente, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) es el encargado de aplicar las normas sobre libre competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

Pero hay territorios, como el de la protección al consumidor que está a su cuidado, donde no basta ser un árbitro; sino que, en una sociedad con tan poca igualdad como la nuestra, es preciso tener un rol proactivo y en ocasiones protector para poder edificar un Estado social y democrático de derecho.

Este rol ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 5 de diciembre de 2006, caso *Ferretería Salvador SRL*, STC Exp. 1963-2006-PA/TC. En sus fundamentos 21 y 22 precisó que:

21. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-Indecopi, creado mediante decreto ley 25868, es el organismo estatal encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal y de aquellas que afecten a los agentes del mercado y a los consumidores.

22. Ahora bien, ¿es posible afirmar que el Indecopi, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección de los consumidores y usuarios? Desde luego que no. La Ley de Organización y Funciones, decreto legislativo 1033 lo faculta expresamente como también lo hacen las normas especiales en las materias que son de su competencia. Admitir que Indecopi no puede ordenar el cese de conductas, sería negarle su capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueron otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (artículo 61 de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65 de la Constitución).

Veremos a continuación, muy someramente, su organización y funciones, por estar estrechamente vinculadas a las materias que son parte de este capítulo.

3.2. Organización y funciones

El Indecopi está definido como organismo público especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros y goza, de acuerdo a su ley, de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. En lo que se refiere a las áreas de competencia, tanto la correspondiente a la competencia desleal como a la de libre competencia, está conformada por una secretaria técnica u órgano instructor; por una comisión u órgano resolutorio; y, en el último escalón, por una segunda instancia denominada Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, que es el órgano encargado de revisar en última instancia administrativa los actos impugnables emitidos por las comisiones o las secretarías técnicas.

Las secretarías técnicas están encargadas de la investigación preliminar de las infracciones, contando con amplias facultades y autonomía técnica, así como de dar inicio a los procesos sancionadores; también realiza estudios e informes sobre sus actividades y elabora propuestas de lineamientos. Las comisiones, por su parte, son la primera instancia del procedimiento administrativo sancionador y goza también de autonomía técnica y funcional, puede dictar medidas cautelares y correctivas y expedir lineamientos de orientación sobre la interpretación de las normas bajo su competencia, pudiendo imponer sanciones. El Tribunal, que como ya hemos señalado es la última instancia administrativa, tiene todas las atribuciones de las comisiones.

3.3. Procedimiento sancionador

Se inicia el procedimiento sancionador con una resolución que identifica a los agentes a los que se imputa la presunta infracción, la que contiene una relación de los hechos, la calificación jurídica de la infracción y el plazo para que formular sus descargos él o los agentes involucrados. Continúa con la actuación de pruebas, la emisión de un informe y las alegaciones de las partes, luego da lugar a una resolución de la Comisión y declara o no la existencia de infracción y de responsabilidad.

Las leyes respectivas contienen los criterios para determinar la gravedad de la infracción y también los principios que deben de tomarse en cuenta para graduar la imposición de sanciones, tales como el perjuicio económico causado y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. También las medidas correctivas, como el cese de las actividades y otras más. Es posible la aplicación de un «programa de clemencia» en el caso de conductas anticompetitivas, en virtud del cual el aporte de pruebas que ayuden a acreditar la existencia de una práctica colusoria puede exonerar o disminuir las multas impuestas. Obviamente, el Poder Judicial, en el ejercicio del control de legalidad, puede revisar las sanciones administrativas pudiendo confirmarlas, revocarlas o modificarlas, siendo además competente para pronunciarse sobre los daños y perjuicios derivados de las infracciones tanto en el ámbito de la competencia desleal como de las conductas anticompetitivas.

3.4. Apreciación final

Si bien el desarrollo e importancia creciente adquirida por el Indecopi no es materia de estas líneas, sí es preciso señalar que su diseño fue en lo esencial exitoso y que ello es comprobable tanto por el reconocimiento internacional obtenido como también por haber sido un modelo adoptado posteriormente por otros países de la región con un grado de desarrollo similar al del Perú.

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

4.1. Breve referencia al abuso de derecho

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.

Dice Fernández Sessarego que «el abuso de derecho es solo un límite jurídico, impuesto originalmente por la moral social y luego consagrado por el ordenamiento positivo, tendiente a que el individuo actúe sus derechos subjetivos según las directivas de la solidaridad social, sin causar lesión o daño a intereses ajenos no protegidos por normas específicas» (1992, p. 12).

Contra lo que podría pensarse, el desarrollo de la teoría del abuso del derecho no ha sido pacífico, sino que ha generado diversas polémicas. Lo que se persigue con su condena es entronizar el valor «solidaridad» en la vivencia comunitaria y buscar que el individuo no atente o lesione intereses ajenos dignos de protección jurídica.

La generalidad de los juristas considera que el abuso del derecho opera como un límite impuesto al ejercicio de un derecho subjetivo. Y esa convicción nace de la necesidad de proteger a los «otros» con quienes entra en relación el titular de tales derechos. Se trata de evitar que el titular cometa excesos al actuar, a pesar de la no existencia de una expresa norma que determine tal protección. El sustento jurídico para no amparar acciones descritas como actos abusivos está dado por la buena fe, la equidad, la finalidad económico-social de las instituciones jurídicas, por los valores éticos, en general, y por la solidaridad, en especial (Fernández Sessarego, 1992, p. 22).

Hay que precisar que el acto realizado en el ejercicio de un derecho es en principio un acto lícito; pero, a través del llamado «abuso del derecho», se convierte en un ejercicio susceptible de causar daño a un interés ajeno. El abuso del derecho no resultaría ser entonces un límite impuesto al derecho mismo, sino más bien significa la trasgresión de un genérico deber a cargo de su titular, lo que constituye fuente de ilicitud (Fernández Sessarego, 1992, p. 34).

Ello es así porque, si el acto ilícito en que consiste el fenómeno del abuso del derecho se identificara, sin más, con el genérico acto ilícito, debería tratarse dentro de los principios que rigen la responsabilidad civil, por lo que podría pretenderse, según el caso, la exigencia de dolo, culpa o riesgo de parte del agente. Eso, sin embargo, no es así en el caso del abuso del derecho, donde no es indispensable indagar por esas motivaciones. El daño no es un elemento esencial para la configuración del acto abusivo,

pues representa tan solo el presupuesto del efecto compensatorio; ni la culpa ni el dolo son requisitos necesarios.

A través del acto abusivo, no se lesiona a un preexistente derecho subjetivo. Lo que se agravia es un interés patrimonial que carece de una específica protección normativa; desprotección que es solo aparente en la medida que dicho interés puede ser tutelado a través de un genérico deber jurídico (Fernández Sessarego, 1992, p. 160)²⁷². El deber genérico, contenido en toda situación jurídica subjetiva, se formula a través de principios o cláusulas generales mediante las cuales se expresa el derecho de los demás, de la comunidad en general, frente al titular de un específico derecho subjetivo. Es el caso de la buena fe, las buenas costumbres, el orden público en general y el orden público económico en particular, así como el propio abuso del derecho (Fernández Sessarego, 1992, p. 309).

Así, pues, el abuso del derecho se fundamenta en la reprobación que del mismo hace la comunidad, en el preventivo reconocimiento de la tutela de un interés por parte de ella. Razón por la cual, al momento de delinear los confines de la tipicidad de los derechos subjetivos, es que nos tropezamos con el ejercicio abusivo de los mismos, siempre con el propósito de prevenir la consumación de un daño o reparar el ya producido.

Fernández Sessarego, a quien venimos siguiendo, ha señalado que la riqueza y complejidad de la vida no puede ser aprehendida en su totalidad por la normatividad jurídica. Es imposible, dice, prescribir la licitud o la ilicitud de cada conducta humana, en diversas épocas y circunstancias. Por ello, el derecho en su afán totalizador ha de valerse de principios o cláusulas generales que informan todo el sistema y le dan la necesaria unidad.

No puede perderse de vista que el derecho, en cuanto es primariamente vida humana, es dinámico como la coexistencia. El derecho, como la vida, es temporal e histórico y, por ende, lábil y fluido, tal como lo son las conductas humanas, instaladas en la temporalidad y, en tanto reflejos fenoménicos de la libertad, pueden ser o dejar de ser valiosas de un momento a otro, sin solución de continuidad. Pueden ser justas hasta cierto momento para luego devenir en injustas; pueden ser solidarias durante un lapso para, en el siguiente tramo, convertirse en antisociales. No vemos, pues, inconveniente —dice Fernández Sessarego— para que una conducta potencialmente lícita (o lícita en su tramo inicial) se transforme, en cierto instante, en ilícita al transgredirse algún deber impuesto por el ordenamiento jurídico. Es indiferente que el deber incumplido sea específico, como es el caso de los delitos penales, o genérico,

²⁷² Como señala Juan Espinoza, en la actualidad estamos pasando de una cultura de derechos a una cultura de deberes (2006, p. 78).

como sería el instalado en un principio o cláusula general del derecho. Así, la ilicitud puede ser típica o atípica, según el caso (Fernández Sessarego, 1992, p. 313).

Los principios generales, nos recuerda Fernández Sessarego, son instrumentos que el juez aplica para resolver los casos no previstos en una determinada y específica norma jurídica, lo que no supone la existencia de una laguna del derecho, sino un caso de atipicidad normativa que debe resolverse al aplicar al caso concreto los principios generales. «Y en el caso de que dichos principios pudieran hipotéticamente resultar insuficientes, debe recurrirse al axioma jurídico que prescribe que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido, siempre que no atente contra la moral y el orden público» (Fernández Sessarego, 1992, p. 314).

El principio del abuso del derecho nace por obra de la jurisprudencia francesa y es de esa manera acogido por la doctrina como reacción frente a los excesos que implicaba el respeto desmedido de los derechos subjetivos. Como sabemos, el concepto tradicional de derecho subjetivo responde a una visión individualista, producto de la ideología imperante en el contexto histórico en el cual fue elaborado, poco tiempo después de la revolución francesa, y cuando se encontraba en su apogeo la corriente del iluminismo y de la fe absoluta las libertades del hombre. El derecho subjetivo, por su parte, «es una situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye o concede a la persona como un cauce de realización de sus legítimos intereses o fines dignos de tutela jurídica» (Espinoza Espinoza, 2006a, p. 78).

El abuso del derecho es mencionado explícitamente en nuestro ordenamiento tanto por el artículo 103 de la Constitución Política («la Constitución no ampara el abuso del derecho»), así como por el artículo II del Título Preliminar del Código Civil del año 1984, tal como fuera modificado por el Código Procesal Civil del 8 de enero de 1993, señalando que: «[...] la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho». La doctrina nacional, por su parte, se ha preocupado de delimitar la noción del abuso de derecho e indicar que tiene como punto de partida una situación jurídica subjetiva; transgrede un deber jurídico (buena fe o buenas costumbres); es un acto ilícito sui generis que agravia intereses patrimoniales ajenos y no tutelados por una norma jurídica específica; es un modo irregular del ejercicio del derecho subjetivo; y no es necesario que se verifique el daño (Espinoza Espinoza, 2006a, pp. 94-95; Rubio Correa, 1986, p. 25).

El artículo II antes citado autoriza al interesado a accionar para evitar que se produzca un acto abusivo o para suprimir aquel en curso; a solicitar se adopten las medidas que fueren necesarias para impedir la realización de un acto que estaría destinado a lesionar sus intereses. Además, prescribe que es materia de indemnización el daño en que se haya incurrido con ocasión del abuso. No cabe ninguna duda que, para el codificador de 1984, el acto abusivo se sitúa en el ámbito de la ilicitud.

Una interpretación sistemática que concuerde con el artículo II del Título Preliminar, que condena el abuso del derecho, es la contenida en el inciso 1 del artículo 1971 del Código Civil, según el cual no hay responsabilidad «en el ejercicio regular de un derecho». Esto es, la conducta abusiva, utilizando la interpretación *adversus sensu*, es ilícita. Del ejercicio irregular de un derecho surge la ilicitud objetiva del mismo (Fernández Sessarego, 1992, p. 305).

Por su parte, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, en su resolución 104-96-TDC del 23 de diciembre de 1996 (caso Eurobanco vs. Grupo Pantel), estableció, como notas características del abuso del derecho: que esté formalmente reconocido en el ordenamiento; que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio; que el interés que está siendo afectado no esté protegido en forma específica; y que se desvirtúe manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe.

4.2. El derecho de la competencia

El derecho de la competencia nace del sistema económico liberal y evoluciona al compás de las transformaciones socioeconómicas ocurridas durante las últimas décadas. Concebido en un inicio como un sistema abstencionista, este es paulatinamente reemplazado por una intervención pública más o menos acusada en sintonía con las nuevas corrientes políticas superadoras de los postulados económicos liberales y en concordancia con los principios y valores normativos incorporados en las constituciones económicas modernas, algunas de las cuales persiguen la edificación de un Estado social y democrático de derecho²⁷³. El derecho de la competencia se integra dentro de la llamada economía social de mercado, abandonando sus preocupaciones únicas por la propiedad y el estatus profesional de los empresarios, para convertirse en una rama comprometida con la defensa de la institución de la competencia en interés de todos los sujetos que participan en el mercado (Font Galán & Miranda Serrano, 2005, p. 9 ss.).

²⁷³ Nuestro Tribunal Constitucional entiende que el Estado peruano, tal como está definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas del Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis de los artículos 3 y 43 de la Ley Fundamental, y de los principios de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. De estos principios —dice el Tribunal— derivan la igualdad ante la ley y el reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado. Ver STC Exp. 0008-2003-AI/TC, acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero en representación de 5728 ciudadanos, sentencia del 11 de noviembre de 2003. Según Carlos Hakansson (2003), el Estado social de derecho es uno de los principios fundamentales del Estado.

Pese a que el derecho de la competencia está dividido en dos grandes disciplinas, la de la competencia desleal (decretos legislativos 1044 y 1391) y la defensa de la competencia o *antitrust* (decretos legislativos 1034, 1205 y 1396), parte importante de la doctrina lo entiende como un ordenamiento unido en el que ambas disciplinas se encuentran acopladas y vertebradas. Por su parte, las disciplinas de la publicidad comercial y del comercio interior se encuentran integradas a la disciplina de la competencia desleal. Esa unidad se fundamenta tanto en la constitución económica como en las leyes citadas; la primera reconoce y protege la libertad de empresa garantizando su ejercicio y las segundas hacen posible la competencia económica.

Ambas disciplinas, la correspondiente a la competencia desleal y la *antitrust*, tienen una recíproca función complementaria, en el sentido que cada una de ellas suple las carencias de la otra con el fin de proteger la libre y leal competencia, mediante la formulación de principios normativos, reglas de conducta y sanciones jurídicas. La complejidad del derecho de la competencia se debe en buena medida a la inaprehensible realidad que regula, la competencia económica, y por la existencia de un complejo y múltiple marco normativo, así como también por las distintas instancias administrativas aplicadoras de las normas, sin perjuicio del sometimiento de los conflictos en última instancia a la justicia ordinaria.

En síntesis, siguiendo a José Massaguer, podemos definir el derecho de la competencia como:

un conjunto normativo específico que institucionaliza la conducta competitiva de los particulares y, a la vez, el funcionamiento de mercado, cuya finalidad esencial radica en garantizar la operatividad o funcionalidad de la competencia económica como ordenador o regulador constitucional del mercado, de las relaciones económicas que han de tener lugar en el mercado, y, al tiempo, salvaguardar la libertad individual al ejercicio de la actividad económica —en la oferta y en la demanda— en el mercado (Massaguer, 1990).

Wolfgang Fikentscher (1984, p. 459 ss.) ha puesto de manifiesto que esta rama del derecho cumple tres funciones vinculadas a la economía: una función político-jurídica, otra político-económica y una político-social. Para la primera, el bien jurídico protegido es la actividad honrada y los méritos conseguidos con riesgo y esfuerzo por parte de los agentes económicos; en otras palabras, no deben existir ganancias inmerecidas y el simple poder no es un mérito. El bien jurídico protegido para la función político-económica no es tanto ya la lealtad del esfuerzo económico, sino más bien el desarrollo económico interno y externo, la protección de determinadas clases sociales, la conservación del ambiente; en otras palabras, la protección de determinados valores sociales. Finalmente, la función político-social persigue una distribución razonable de bienes y posibilidades en la que participen todas las fuerzas presentes

en la sociedad, la distribución del influjo político, premisa necesaria para el correcto funcionamiento de una democracia.

El bien jurídico tutelado por el derecho de la competencia —dice Manuel Abanto (1997, p. 26 ss.)— es el de medio que sirve para que la economía de mercado obtenga los objetivos políticos económicos y sociales, constitucionalmente reconocidos, y para el desarrollo de libertad de los participantes en el mercado; es decir, la libertad de decisión y realización de la voluntad en la pretensión de ventajas económicas que el sistema competitivo garantiza. El bien jurídico merecedor de protección es, entonces, la libertad de competencia.

4.3. Las reglas de juzgamiento y el análisis económico del derecho

El análisis económico del derecho (ver Abanto, 1997; Posner, 1998; Cooter & Ulen, 1998; Torres López, 1987; Pastor, 1989; Durán, 1992; Bullard, 2003) ha jugado un importante papel en la interpretación de las normas de la libre y leal competencia. Esta corriente de pensamiento propone que las normas legales sean interpretadas considerando que el objetivo de las mismas es lograr la mayor eficiencia económica por encima de otros posibles fines, como podría ser, por ejemplo, la justicia distributiva o la redistribución de riqueza que procura el derecho público económico desde sus bases constitucionales. Bajo esta concepción, las normas protectoras de la competencia y las normas contra las prácticas de competencia desleal se encuentran destinadas a lograr, como finalidad última, el mayor bienestar del consumidor, asimilando este concepto a la eficiencia económica²⁷⁴. El peligro que conlleva su aplicación indiscriminada es considerar que todo lo que es eficiente es justo.

Entre las distintas manifestaciones de las reglas de juzgamiento basadas en el análisis económico del derecho, en el ámbito de las normas protectoras de la libre competencia, se puede mencionar la que prohíbe el abuso de la posición de dominio y no la posición de dominio en sí misma. De igual forma, la aplicación de la denominada regla de la razón para evaluar las prácticas comerciales presuntamente anticompetitivas, considerando para ello si las prácticas tienen alguna justificación de negocios y cuáles han sido sus efectos en el mercado²⁷⁵. En materia de las normas

²⁷⁴ Entendida en términos del óptimo de Pareto, que se refiere a la distribución de los recursos entre diversos agentes, de modo que una situación óptima se da cuando ninguno de ellos pueda beneficiarse sin perjudicar a otro. Como lo ha sintetizado Fernández Baca: «[...] un óptimo de distribución es una manera de distribuir los bienes entre los consumidores tal que, si se intenta modificar esta distribución para aumentar el bienestar de uno o más consumidores, el bienestar de por lo menos uno de los demás consumidores se va a ver necesariamente disminuido. Existen, por lo tanto, muchos estados sociales que pueden ser considerados como óptimos de distribución» (2000, II, p. 376).

²⁷⁵ Para una revisión de los fundamentos y criterios de evaluación del análisis económico del derecho aplicados en el ámbito de las normas de defensa de la competencia, pueden verse los trabajos de Bullard (1994 y 1997).

de competencia desleal, puede mencionarse, por ejemplo, el discutido criterio de consumidor razonable que se ha utilizado repetidamente en buena parte de los precedentes emitidos por el Indecopi (Bullard & Patrón, 1999)²⁷⁶, pero que el reciente decreto legislativo 1045, que modifica la ley de protección a los consumidores, permitiría cambiar al señalar en su artículo 3 que «protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias». En esta materia, habrá entonces que esperar las futuras resoluciones del Indecopi para conocer si el estándar del consumidor razonable se seguirá aplicando en el área del derecho de competencia o si será cambiado por uno más inclusivo y adecuado a nuestra realidad socioeconómica y educativa.

4.4. La deslealtad

Existen diversas opciones para definir la deslealtad, lo que pone de relieve su relatividad. Así, para la RAE, 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. Y, como es fácil de apreciar, en el ámbito de la consideración social, el concepto de deslealtad no ha podido ser nunca absoluto ni ha tenido en todas las sociedades y en todo tiempo el mismo contenido o igual importancia. Sí cabe señalar que se ha entendido usualmente como un modo contrario a lo que la costumbre admite, de lo que se deduce que 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 (Baylos, 1978, p. 314).

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— y utiliza 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.

Como ya hemos puesto de relieve, el derecho de la competencia, tal como hoy lo entendemos, persigue los objetivos que tienen su inspiración y anclaje en la constitución económica y en el compromiso de defensa y promoción de un conjunto

²⁷⁶ Para una visión crítica del estándar del consumidor razonable, ver Kresalja, 2006.

de intereses nucleados en el concepto de Estado social y democrático del derecho. Ello implica no solo la protección de los empresarios y de las empresas más poderosas; sino, además, la garantía de no exclusión de aquellos intereses más vulnerables y necesitados de tutela, comprometiendo a los poderes públicos a organizar una economía social de mercado. Desde esta perspectiva, la libertad de empresa está constitucionalmente funcionalizada a la satisfacción de exigencias socioeconómicas. Ello significa nuevos sujetos y un nuevo objeto de protección si lo confrontamos con el origen histórico de la disciplina de la competencia desleal; pues se ha sustituido un modelo normativo cerrado, en el que solo tenían presencia jurídica los competidores, por otro más abierto, tal como lo exige la propia Constitución, que reclama la protección eficaz de los consumidores y usuarios. Prueba adicional de todo ello son las preocupaciones doctrinarias y legislativas para la protección no solo de aquellos en los momentos contractual y poscontractual —es decir, en las fases de perfección y ejecución de los contratos—, sino también en los momentos de promoción de la contratación o precontractuales.

Dicho lo anterior, es fácil de entender que, tanto la disciplina de la competencia desleal como la *antitrust* participan de una misma misión constitucional y comparten un fundamento común: «[...] el establecimiento de un orden concurrencial de mercado acorde con el sistema económico constitucionalizado» (Font Galán & Miranda, 2005, p. 23).

Aurelio Menéndez, en un libro clásico en la materia titulado *La competencia desleal*, afirma que «la disciplina de la competencia desleal, atraída por los valores constitucionales que se consagran en la legislación *antitrust*, pasa a formar parte de un derecho general de la competencia unitariamente estructurado, abandonando con ello las fronteras del derecho privado clásico para ingresar en el ámbito del derecho económico de intervención», lo que le ha hecho experimentar profundas alteraciones, pues «su objeto de protección se centrará en la institución misma de la competencia como principio básico del sistema económico. Su función consistirá esencialmente en controlar el poder económico en el mercado, a fin de que la competencia se desarrolle bajo el principio de eficiencia y no de interferencia; en otras palabras, la disciplina de la competencia desleal se funcionaliza en atención al logro de los objetivos de política económica» (1988, p. 98). Para comprender este cambio de función de la disciplina de la competencia desleal —dice Menéndez—, debe tenerse presente el desarrollo por parte del Estado de una política de tutela reforzada del consumidor así como los objetivos del Estado social y democrático de derecho, lo que puede apreciarse en la legitimación activa para el ejercicio de la acción contra la competencia desleal, ya no exclusivamente a los empresarios concurrentes como era antes, sino también a los consumidores y a sus asociaciones.

En resumen, el derecho de la competencia desleal no persigue ya más la protección de posiciones jurídicas subjetivas; sino que supone, más bien, establecer deberes de abstención, reglas objetivas de conducta, cuya infracción hace reaccionar al ordenamiento jurídico. De esta manera, se vincula directamente con la conservación del orden económico de mercado, integrándose de manera funcional en un derecho general de la competencia. No se trata de un abuso individual, sino más bien de un abuso institucional que consiste en la perturbación y falseamiento del orden o sistema económico constitucionalizado; en otros términos, el ejercicio del derecho a la libre iniciativa económica no puede lesionar la finalidad de un instituto jurídico, la competencia, en el que funcionalmente se integra (Menéndez Menéndez, 1988, p. 110).

El decreto ley 26122 de 1992, nuestra primera ley moderna en esta materia, fue derogado y sustituido por el decreto legislativo 1044 de junio de 2008 y, este último, modificado parcialmente por el decreto legislativo 1391 de setiembre de 2018. La legislación vigente tiene por objeto evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia; es decir, proteger el funcionamiento del sistema constitucionalizado y evitar distorsiones por actuaciones incorrectas y con el objeto de proteger a todas las partes que intervienen en el mercado, sean empresarios o consumidores (Kresalja, 1993). El artículo 1 del DL 1044 dice 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». La ley tiene una gran amplitud y es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro, que concurran al mercado ofreciendo o demandando bienes o servicios en cualquier sector de la actividad económica, siendo sancionados cuando ellos estén sancionados como competencia desleal, incluyéndose aquellos actos realizados a través de la publicidad.

Cabe puntualizar que, para calificar un acto como competencia desleal, no se requiere acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, sino que basta el perjuicio potencial al competidor, a los consumidores o al orden público económico. Tal como ocurre en el derecho comparado, la ley peruana incluye una cláusula general prohibitiva seguida de una enumeración de supuestos concretos de comportamientos sancionables. La cláusula general²⁷⁷ establece la prohibición en forma tal que permite

²⁷⁷ Decreto legislativo 1044, artículo 6, 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».

incluir supuestos no específicamente previstos, sea por su carácter marginal o por la evolución de las prácticas comerciales; tiene, pues, un carácter omnicompreensivo y su conformación evita que quede obsoleta debido a nuevas prácticas. Dentro de los supuestos concretos, listado que tiene carácter enunciativo, se encuentran los actos de engaño, destinados a inducir a error sobre la naturaleza, modo de fabricación, características, etc., de bienes y servicios; los actos de confusión, denigración, violación de secretos empresariales, sabotaje, explotación de la reputación ajena; así como los actos desarrollados mediante la actividad publicitaria. A modo de ejemplo, constituyen actos de denigración los que se refieren a la nacionalidad, ideología, intimidad o vida privada de los competidores que no permitan transmitir la información que posibilite al consumidor evaluar al agente aludido o a su oferta. De otro lado, también a modo de ejemplo, no son actos desleales de sabotaje aquellos que ofrecen mejores condiciones a los trabajadores que laboran en empresas de la competencia, clientes o proveedores, siempre que ello se realice como parte del proceso competitivo por eficiencia.

Las acciones se inician siempre en la vía administrativa ante el Indecopi. En el ámbito de la competencia desleal y de la publicidad, la acción más importante es aquella que dicta la autoridad ordenando el cese o paralización del acto desleal o del ilícito publicitario, la misma que puede ser provisional o definitiva. Se le da curso frente al peligro que significa la repetición del mismo en el mercado y frente a los consumidores, siendo irrelevantes los elementos subjetivos del actor, como son el dolo, la culpa o la negligencia. También existen, por cierto, las acciones de remoción y de rectificación, así como la procedencia de medidas cautelares. Las sanciones son de diverso tipo, tales como el comiso y destrucción de los productos infractores, el cierre temporal del establecimiento, la imposición de multas y la publicación de la sentencia condenatoria. Las acciones civiles de resarcimiento solo pueden interponerse en la vía judicial.

4.5. 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 (ver Cuesta Rute, 2002; Fernández-Novoa, 1968; Lema Devesa, 2007; Klein, 2001; Akerlof & Shiller, 2016). 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 y suministra información acerca

de las diversas oportunidades comerciales que se presentan. Cabe advertir que todo mensaje publicitario tiene, en distinta proporción, un contenido informativo y otro persuasivo, siendo mayor este último. Como es obvio, la comunicación publicitaria influye en el campo de la competencia económica y en el de la contratación.

Cabe resaltar que la jurisprudencia estadounidense ha sostenido que la publicidad goza de la protección propia de la libertad de expresión. En el caso Virginia State Board of Pharmacy, la Corte Suprema sostuvo que el interés de los consumidores «en la libre circulación de información comercial puede ser tan intenso o mayor que su interés en el más urgente y actual debate político» y

[...] generalizando, la sociedad tiene un gran interés en la libre circulación de la información comercial [...] la publicidad divulga información acerca de quién produce y vende un determinado producto, por qué razón y a qué precio. En tanto en cuanto mantengamos un sistema económico de libre empresa, el reparto de nuestros recursos será realizado, en gran medida, a través de decisiones económicas privadas. Es un asunto de interés público el que esas decisiones sean inteligentes y se basen sobre una buena información. Para este fin la libre circulación de información comercial es indispensable (citado por Paz-Ares & Alfaro Águila-Real, 2002, p. 273).

En consecuencia, no se puede separar publicidad del derecho de la información a los consumidores y, por ello, la publicidad cumple una función social de servir al funcionamiento del sistema económico.

En el precitado decreto legislativo 1044 (Ley de Represión de la Competencia Desleal), de forma novedosa entre nosotros, 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 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 autoridad alguna, siendo 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 la de 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 o de la inmensa mayoría de los participantes en esa actividad.

Los principios rectores de la actividad publicitaria son, en primer lugar, el de identificación de los emisores para poder determinar posteriores responsabilidades. El principio de veracidad es fundamental, pues la publicidad engañosa es justamente aquella que impide el correcto funcionamiento de la competencia económica. El respeto a la dignidad de las personas prohíbe la denigración o el insulto. Para juzgar los ilícitos publicitarios es pertinente analizar un conjunto de factores en forma coordinada, los que comprenden el estudio del mensaje publicitario, el medio a través del que se realiza, su frecuencia o intensidad, la identificación de la idea principal que lo motiva, así como la calidad de los consumidores. Hay también ámbitos en los cuales la publicidad está prohibida o restringida, como es el caso del tabaco, algunos medicamentos y las bebidas alcohólicas.

La idea central de la noción legal que sanciona la publicidad engañosa es que puede inducir a error a sus destinatarios, para lo cual es suficiente con la posibilidad de que ello ocurra. Así, pues, los destinatarios no deben ser conducidos con engaño a contratar, pues ello atenta contra el correcto funcionamiento del mercado. Al momento de que el juzgador interpreta el mensaje publicitario, debe ponerse en el lugar del consumidor promedio al cual está dirigido, lo cual implica un análisis caso por caso, debiéndose recordar que los consumidores no suelen ser ni excesivamente preparados e informados ni tampoco excesivamente crédulos o ingenuos. La publicidad engañosa tiene diferentes manifestaciones y clasificaciones que no son del caso aquí analizar y que se relacionan con su carácter encubierto, excluyente o desleal. Es preciso advertir que la mayoría de los actos desleales se cometen haciendo uso de la publicidad comercial. Finalmente, es preciso recordar que los anuncios publicitarios suelen hacer un uso intenso de los signos distintivos (marcas y *slogans*) de los productos y servicios que se ofrecen en el mercado. Cabe advertir que los criterios emanados de la libertad de empresa deben servir para enjuiciar la legitimidad constitucional de las limitaciones estatales establecidas por la ley sobre la publicidad. En consecuencia, el legislador puede introducir limitaciones a esta con idénticos fundamentos a los invocados para limitar la actuación de las empresas (Paz-Ares & Alfaro Águila-Real, 2002, p. 377).

Los ilícitos tanto en el ámbito de la competencia desleal como de la publicidad son materia de pronunciamiento administrativo por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi, cuyas resoluciones pueden ser apeladas a la sala encargada de los asuntos en materia de competencia. Existen numerosas resoluciones

administrativas de público acceso que, a diferencia de lo ocurrido en el pasado, sirven para canalizar y exponer las consideraciones jurídicas adecuadas que permiten evaluar cuando se producen actos que la ley sanciona. Cabe recordar que las sanciones pueden consistir en multas, la cesación en la emisión de los anuncios y llegar a la rectificación publicitaria, que es la obligación del infractor de hacer público su ilícito para informar de ello a los consumidores y tratar de restablecer, aunque sea parcialmente, las condiciones del mercado anteriores a su comisión.

4.6. Prácticas colusorias y abuso de posición de dominio

Las normas protectoras de la libre competencia tienen como premisa la existencia de un mercado libre; es decir, uno en el cual los agentes puedan salir y entrar. Esas normas buscan evitar que los participantes en el mercado abusen de su libertad de acción y busquen beneficios por medios distintos a la competencia basada en los méritos empresariales. Se trata del derecho *antitrust*. El decreto legislativo 1034 de junio de 2008 ha sustituido al decreto legislativo 701, que estuvo vigente por más de una década y que constituyó la primera norma de vigencia efectiva en esta materia. El decreto legislativo 1034 ha sido parcialmente modificado por los decretos legislativos 1295 y 1396, ambos de setiembre de 2018. El artículo 1 del decreto legislativo 1034 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; es decir, 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 esta 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.

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, tal como lo señalan los artículos 11 y 12 del decreto legislativo 1034, los que hacen una división entre prácticas colusorias horizontales y verticales. Son ejemplos de las primeras 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, así como la negativa injustificada de satisfacer demandas de compra, entre otros supuestos que la ley determina; son ejemplo de las segundas aquellos acuerdos, decisiones o recomendaciones realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia. Para que exista esta última, se requiere que al menos una de las partes tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.

El abuso de la 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.

Es preciso acotar que el artículo 61 de la Constitución establece que «ninguna ley ni concertación puede autorizar o establecer monopolios», a diferencia de lo que ocurrió en constituciones anteriores en que se autorizaba los monopolios estatales. Esta es una norma de gran importancia, pues pueden existir monopolios por razones variadas y legítimas; entre ellas, la posesión de conocimientos tecnológicos que no tienen otras empresas en la rama de actividad pertinente o por mayor eficiencia. Existe también lo que se denomina monopolios naturales, aquellas actividades en las que la competencia es imposible o de altísimo costo, en ocasiones vinculadas a servicios públicos, que el Estado regula en cuanto a sus condiciones de contratación. Como hemos señalado, lo que nuestra Constitución y ley sanciona, adecuadamente, es el abuso de las posiciones de dominio y las prácticas anticompetitivas.

Los procedimientos sancionadores en esta área se inician siempre de oficio y bien por iniciativa de la secretaria técnica de Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi o por denuncia de parte, convirtiéndose el denunciante, en este caso, en un colaborador del procedimiento de investigación. El procedimiento puede iniciarse cuando la conducta se está ejecutando, cuando existe amenaza de que se produzca e incluso cuando ya hubieran cesado sus efectos. La sanción que recaiga busca la eliminación de las conductas anticompetitivas y puede dar lugar a la imposición de multas

y la aplicación de medidas correctivas. Agotada la vía administrativa, toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de conductas declaradas anticompetitivas por el Indecopi, incluso cuando no haya sido parte en el proceso, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios.

4.7. La decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones

A pesar que el proceso de integración al interior de la Comunidad Andina de Naciones se inicia con la firma del Acuerdo de Cartagena, en 1969 —del cual el Perú fue fundador y aún es miembro, proceso que implica la presencia de una competencia económica más o menos intensa—, es recién en marzo de 1991 que se aprueba la decisión 285, que contenía normas para prevenir y corregir las distorsiones de la competencia generadas por prácticas restrictivas (ver Falla & Quintana, 2003, p. 143 ss.). Esa decisión quedó sin efecto por la entrada en vigencia, en marzo de 2005, de la decisión 608 —normas para la protección de la libre competencia en la comunidad andina—, que es a la que nos referiremos a continuación (ver Stucchi & González Delgado, 2005, p. 205 ss.).

La decisión 608, tal como señala su artículo 2, tiene por objeto «la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores». Este objetivo exige y requiere un cierto nivel de igualdad en los sistemas económicos de mercado en los países que integran la Comunidad Andina de Naciones, pues solo de esta manera podrá generar los beneficios que la competencia económica persigue. Esta situación no se presenta en la realidad, al existir acentuados desniveles en el desarrollo de los países y en el ingreso per cápita de sus habitantes, así como también por la escasa presencia de empresas originarias de la región con un nivel protagónico en el ámbito regional. Vemos en estas características, así como en la falta de impulso político, las razones por las cuales el proceso de integración andino se encuentra muy limitado, sin por ello dejar de reconocer que en el ámbito del intercambio comercial se han logrado importantes incrementos últimamente.

Son objetos de la decisión 608, tal como señala su artículo 5, la sanción de las conductas ilícitas practicadas en el territorio de uno o más países miembros y cuyos efectos se produzcan en uno o más de ellos, o cuando se den en un territorio no comunitario, pero sus efectos se sientan en dos o más países miembros. En todos los demás casos, regirán las legislaciones nacionales de los respectivos países.

La decisión 608 contempla, tal como lo hacen la mayoría de las legislaciones en la materia, una relación de conductas restrictivas ilícitas y diversos ejemplos de conductas de abuso de posición de dominio (artículos 7 y 8), así como un procedimiento para la investigación y eventuales posteriores sanciones. Este procedimiento es, sin duda,

una manifestación del poder supranacional que se ha constituido por la transferencia de competencias que han efectuado los Estados miembros. Ahora bien, las características territoriales y de otro tipo de este proceso de integración hacen necesaria la participación de las agencias nacionales en materia de competencia —en nuestro caso, principalmente el Indecopi— para la realización de investigaciones y la adopción de medidas cautelares y de sanciones. Estos organismos nacionales tienen además representantes ante el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, el que cumple una función deliberante y técnica en el procedimiento comunitario vinculado a las labores de la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones.

5. EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES

5.1. ¿Qué se entiende por concentración?

El término «concentración», que procede de la literatura económica, «engloba todo el conjunto de operaciones jurídicas cualesquiera que sea su naturaleza, por las que se producen fusiones, adquisiciones, absorciones o uniones de empresas cuyo resultado final es la adquisición por parte de una empresa del control sobre otra u otras empresas o, eventualmente, la creación de una empresa global que definitivamente absorba a las demás intervinientes» (Soriano, 1998, p. 577). Este fenómeno tiene una gran importancia actual e influye —a veces en forma decisiva— en los resultados de la competencia económica nacional e internacional. Ello significa un desafío para las sociedades democráticas en la medida que unos grupos económicos intentan prevalecer sobre otros para lograr el control de determinadas empresas y actividades económicas. Son muchas las razones para que ella se produzca: tecnológicas, financieras, racionalización en los procesos de producción y distribución, entre otras.

Al aumentar el grado de concentración, se suele reforzar la posición de la empresa en el mercado relevante y su eventual dominio²⁷⁸ al eliminar competidores y establecer barreras que impiden construir alternativas empresariales dificultando el acceso de terceros. La defensa de la libre competencia no solamente consiste en combatir las prácticas colusorias o el abuso de las posiciones dominantes, sino «asimismo, cuidar de las estructuras del mercado, para evitar daños irreversibles como sería la creación de monopolios inmerecidos y dañinos por la eliminación de opciones creíbles de que otros operadores puedan contestar esa posición» (Soriano, 1998, p. 578).

²⁷⁸ La posición de dominio ha sido definida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como la «posición de fuerza económica de la que goza una empresa, que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, posibilitándose comportarse apreciablemente de forma independiente de sus competidores y clientes y, en definitiva, de los consumidores» (ver Briones, Folguera, Font & Navarro, 1999, p. 155).

Diez Canseco y Távara señalan que «el problema central de las concentraciones empresariales consiste en que, bajo determinadas condiciones, pueden reducir o aún eliminar la competencia» (2003, p. 169), las que usualmente concluyen en un incremento de los precios y en la minimización de los excedentes de los consumidores. Dicho lo anterior, no puede olvidarse que en muchos casos las fusiones entre empresas tienen un impacto poco significativo en el grado de concentración y no afectan las condiciones de competencia; además, en otros casos pueden generar efectos positivos en la eficiencia y en la rentabilidad de las empresas. Así, alentar una política de concentraciones puede constituir una etapa necesaria para que las empresas adquieran poder competitivo, sobre todo en el ámbito internacional, lo que se pone de manifiesto con mayor claridad en los procesos de integración económica entre diversos países o la creación de un mercado común. Si bien, entonces, apostar por unidades económicas pequeñas puede ser conveniente desde el punto de vista de la creación de empleos, ellas no suelen tener la dimensión necesaria para enfrentar la competencia internacional. En síntesis, un aumento en la concentración eleva los precios y reduce tanto el excedente del consumidor como el bienestar en general, siempre que dicho aumento en la concentración no esté acompañado de sinergias y economías de escala que provoquen un aumento de ganancias de una magnitud suficiente, como para contrarrestar y compensar la contracción del excedente del consumidor (Diez Canseco & Távara, 2003, p. 172).

5.2. Dos escuelas y dos visiones

Desde un punto de vista ideal, el control de concentraciones es un instrumento preventivo que busca conservar y mantener el proceso competitivo principalmente en economías maduras, introduciendo mecanismos de supervisión que permitan evaluar las restricciones competitivas, lo que otorga al Estado un rol vigilante propio de la concepción de la economía social de mercado y del Estado social y democrático de derecho que es el modelo reconocido por nuestro Tribunal Constitucional²⁷⁹, aunque otros desean imponer la idea contraria, pues consideran que el modelo adoptado es propio de un Estado facilitador (*enabling state*), frente al Estado benefactor o de asistencia que correspondía al modelo establecido en la Constitución peruana de 1979. Esta disyuntiva se ha visto reflejada en la polémica nacional.

Como señala Zúñiga, la discusión entre nosotros «sobre la función del Estado en la economía no se encontraría en relación con su poder, sino con la extensión de sus funciones, es decir, con la administración de la política regulatoria» (2010, p. 336). Y continúa la autora recordando que, si bien la escuela ordoliberal que dio lugar a

²⁷⁹ STC Exp. 0008-2003-AI/TC, caso Roberto Nesta Brero.

la concepción de la economía social de mercado defiende la tesis de un mercado abierto como condición para alcanzar el bienestar, le resulta indispensable la existencia de instrumentos de control, por lo que debe el Estado atender a la protección y promoción de la competencia frente a las restricciones que se manifiesten, por lo cual el control de concentraciones encontraría correspondencia con esa escuela de pensamiento.

Frente a ello, la Escuela de Chicago:

[...] propugna la menor intervención posible del Estado en el proceso económico y defiende la tesis del libre juego de fuerzas en el mercado, donde el más fuerte triunfará (*survival of the fittest*). Las concentraciones económicas son estimadas como la consecuencia positiva esperada por eficiencias. Las barreras o restricciones a la competencia no son vistas como definitivas, sino como fricciones temporales. El aspecto temporal es apreciado en la adaptación a las condiciones del mercado en términos de costos de información y de movilidad. Para la Escuela de Chicago, el bienestar de los consumidores es el absoluto fin del derecho *antitrust*, que se encuentra en relación directa con la eficiencia (Zúñiga, 2010, p. 336).

Esta posición suele favorecer a las grandes empresas y tiene una posición flexible sobre las concentraciones de tipo vertical.

Para el Estado social y democrático de derecho, la máxima aplicable, propia de la economía social de mercado, es «tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario»; para ella, el Estado no puede ni debe ser únicamente «un vigilante nocturno», sino que debe intervenir con los instrumentos que le proporciona el modelo establecido en la Constitución. Y si bien no existe en la Constitución vigente una referencia expresa al tema de las concentraciones, los artículos 58 y 61 tienen contenido suficiente para que sea propio de estudio y consideración las fusiones y concentraciones empresariales, especialmente las vinculadas a servicios públicos y productos relacionados a la salud y seguridad de la población. Entonces adquiere procedencia la imposición de prohibiciones y sanciones a las conductas anticompetitivas, trátase de monopolios u oligopolios.

5.3. Las políticas aplicables o las dos caras de Jano

Las políticas de control de las concentraciones pueden tener dos caras: una que pone obstáculos o barreras a la concentración y otra que la promueve, dependiendo ello de cada país en una situación determinada; pero hay que precisar que las concentraciones solo se prohíben en casos excepcionales²⁸⁰ y que, por el mero hecho de producirse,

²⁸⁰ Sobre los sistemas de examen de las concentraciones en Europa y en los Estados Unidos, ver Soriano, 1998, pp. 603 ss.; y Briones y otros, 1999.

no constituyen una infracción. Así, la concentración no es necesariamente una conspiración contra el mercado; por el contrario, en muchas ocasiones es una manera de crecer que puede ser vigilada, pero no prohibida.

Lo que se controla y vigila es la «compra» de la competencia; es decir, un medio o forma de controlar determinadas estructuras del mercado cuando este —en su evolución previsible— por sí mismo no llegaría a dicha situación. Como bien dice Soriano:

[...] es la compra de la competencia lo que se pretende supervisar, no evitar, dado que hoy resulta claro que la adquisición de un competidor es un medio brusco, pero efectivo y cierto, de crecer en el mercado. La generación de monopolios mediante medios que no son los del mercado en competencia exige un estudio detenido de la situación. La alteración de la composición del mercado, dejándolo en posición menos competitiva, impone su análisis detenido (Soriano, 1998, p. 602).

Situación que no ocurre cuando una empresa, por sus propios medios —esto es, por razones de eficiencia—, se hace de una situación de dominio y llega incluso a situaciones monopolísticas, lo que no está prohibido. Es el abuso de la misma la que se condena y sanciona. Por todo ello, la legislación de control de las concentraciones, cuya influencia en el mercado y la competencia económica no admite discusión, debe ser siempre una defensa de la usualmente beneficiosa pluralidad de agentes y de la dinámica natural de la evolución del mercado.

5.4. La recepción de la polémica en el Perú

Desde hace un buen tiempo, en el Perú, existe una polémica entre aquellos que favorecen el control de fusiones y concentraciones y aquellos que lo consideran innecesario, polémica que se ha avivado últimamente con la presentación de varios proyectos de ley y con debates y conferencias entre académicos y profesionales interesados en esa materia²⁸¹. Conviene sucintamente recordar los argumentos que se han expuesto, pero antes afirmar que los principios inspiradores de una economía social de mercado son contrarios a las concentraciones y han favorecido su control, el que puede adoptar diversos mecanismos, que se pueden dividir simplícidamente entre aquellos que exigen un control previo, cuando se han superado los umbrales económicos que la ley determina y aquellos que consideran que el control de cada caso deberá ser posterior a la concentración; es decir, una vez que se determinen los

²⁸¹ Un buen compendio de las posiciones a favor y en contra se pueden encontrar en *Ius et Veritas*, 44 (2012, pp. 416-437), «Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú», donde se transcribe el conversatorio entre cuatro académicos, dos a favor, José Ignacio Távara y Luis Diez Canseco, y dos en contra, Alejandro Falla y Eduardo Quintana. También en la bibliografía: a favor, Diez Canseco & Távara (2003); en contra, Bullard, Falla & Roldán, 2012.

impactos económicos en el bienestar general, los consumidores y en la competencia. Lo que no puede dejarse de advertir es que, como se ha puesto de manifiesto en más de una ocasión, en el Acuerdo de Libre Comercio celebrado con la Unión Europea, el Perú habría aceptado que la ausencia de control sobre fusiones y concentraciones dificulta la competencia y que este sería un argumento adicional a favor de su introducción entre nosotros.

Hay que advertir que el fenómeno de la competencia es complejo y su análisis depende de un conjunto de factores que deben analizarse en cada caso concreto. Los argumentos a favor del control que se han esgrimido en el Perú se sustentan en la consideración de que solo es aplicable a las empresas grandes que se fusionan o concentran; de que hay efectos negativos en la concentración en el ámbito de la asignación de recursos y de eficiencia productiva, pues los costos tienden a elevarse y a afectar a los consumidores, si bien se reconoce que hay casos en los que la integración de activos y la reorganización de procesos productivos pueden tener efectos positivos. Por tanto, negarse a tener una ley de control significaría renunciar a conocer la magnitud de los efectos tanto negativos como positivos. En este sentido, se afirma que es necesario el control porque la concentración del poder económico tiene un impacto grande en la vida política, favorece a los excesivamente ricos y debilita la democracia, y que, en el Perú, por razones de extremismo ideológico neoliberal, se ha bloqueado el camino a aprobar una ley de control (Távora, 2003, p. 421). Frente a las críticas que se realizan a esas afirmaciones, se responde que el control busca evitar la monopolización de los mercados y no tiene porqué degenerar en el control político de las empresas, que es un argumento utilizado por los que se oponen a él; más aún, para desregular los mercados sujetos a regulación, es indispensable evitar su monopolización. Por otra parte, que el control de fusiones y concentraciones de empresas de gran magnitud es uno de los más eficaces instrumentos frente a los intentos gubernamentales de imponer precios y, desde este punto de vista, favorece la competencia económica. Aquellos que están a favor del control, agregan que la existencia de una norma legal de esa naturaleza tiene un efecto positivo en el ambiente cercano a la inversión, pues brinda seguridad y a ello se suma la obligación asumida por el Estado peruano en varios convenios de libre comercio celebrados en los últimos años.

John Kwoka, uno de los teóricos más destacados en el control de fusiones en Estados Unidos, ha resaltado su importancia para la democracia:

La legislación de control de fusiones se encuentra en casi todos los países, es útil para asegurarse de que los mercados estén abiertos, que la gente pueda aprovechar las oportunidades económicas y sociales, y que la economía no se cierre ante las nuevas ideas y nuevas iniciativas. Los efectos más directos están en los mercados

y en la economía, pero también tiene efectos sociales, incluidos, por ejemplo, en los medios de comunicación [...] y brindan acceso para voces diferentes²⁸².

Las opiniones en contra de la necesidad de una ley específica en la materia señalan que existen otros instrumentos más eficaces para enfrentar los intentos anti-competitivos, pues la aplicación de esa ley es muy costosa. Además, en general, las concentraciones empresariales tienen más efectos positivos que negativos, al dar nacimiento a empresas grandes y robustas con capacidad de competir en mercados globales. La ley de control cree poder prever lo que sucederá en el futuro, por lo que la decisión que adopte, una especie de mecanismo de adivinación, no puede asegurar que sea la adecuada. También se afirma que la ley de control se aplica generalmente por razones políticas más que económicas y que ello es peligroso, siendo más importante buscar eliminar las barreras de acceso o aplicar sanciones a las posiciones de abuso de posición dominio. De otro lado, en los mercados regulados existen acuerdos sobre tarifas que hacen innecesario el control. Finalmente, no existe en el país una entidad que pueda racionalmente aplicar una ley de control, cuya aplicación es además muy costosa y que requiere personal altamente capacitado que el Estado no está en condiciones de contratar.

Cabe señalar que, tanto los que están a favor del control como los que se oponen, coinciden que el ente de la Administración Pública que estaría encargada de esa labor, el Indecopi, no tiene en la actualidad la capacidad técnica ni económica para llevar adelante adecuadamente esa tarea. Si bien no cabe duda que se han producido excesos, abusos y concentraciones empresariales que han dado lugar a situaciones oligopólicas en sectores de interés general, existe una extendida opinión entre los expertos nacionales en el sentido que es peligrosa la discrecionalidad de una entidad sin preparación suficiente y cuya experiencia está concentrada en unidades productivas pequeñas o medianas, para entregarle la capacidad de decidir cuál es el tamaño adecuado que debe tener una empresa en mercados globalizados.

5.5. El contenido de la ley general y la autoridad autónoma

Pero las polémicas y debates quedaron atrás, por el momento al menos, cuando el 19 de noviembre de 2019 el gobierno del Presidente Vizcarra, mediante el Decreto de Urgencia 013-2019 —vía utilizada al estar disuelto el Congreso de conformidad al artículo 135 de la Constitución— puso en vigencia el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, texto casi igual al dispositivo que sobre esta materia

²⁸² *La República*, 23 de octubre de 2018. «John Kwoka: “Uno de los errores más grandes es no tener el control de fusiones» (<https://larepublica.pe/economía/1343150-errores-grandes-control-fusiones>).

había aprobado el Congreso meses atrás y que no se había promulgado —eso se afirmaba— por errores de redacción introducidos en la parte final del debate parlamentario. Pues bien, el contenido del Decreto de Urgencia sigue las pautas usuales de este tipo de dispositivos, busca garantizar la libre competencia y complementar el Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Entrará en vigencia dentro de los nueve meses posteriores al día de su publicación antes referido.

La apretada enunciación de su contenido esencial es la siguiente: en el artículo 1 dispone que su objeto es «establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores». El ámbito de aplicación es nacional, pero incluye también actos de concentración que se realicen en el extranjero y que estén vinculados con los agentes económicos que desarrollan actividades en el país. Los actos u operaciones que impliquen fusiones entre dos o más agentes, la adquisición de una empresa a otra u otras que dé lugar a su control total o parcial, la constitución de una empresa en común o *joint venture* que dé lugar a la adquisición y control de varios agentes económicos, son algunos de los casos que de producirse estarán sujetos a control previo, siempre que se superen determinados umbrales económicos, que son los parámetros cuantificables. Así, por ejemplo, uno de los umbrales selectivos se produce cuando de manera concurrente la suma del valor de las ventas o ingresos anuales en el país de las empresas involucradas sea igual o superior a 118 000 unidades impositivas tributarias (UIT), esto es S/495 600 000 (US\$150 000 000 aproximadamente), o cuando el valor de las ventas anuales de al menos dos de las empresas involucradas hayan alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior, un valor superior a 18 000 UIT, esto es a la fecha S/75 600 000.

El procedimiento de control se inicia cuando las empresas involucradas presentan una solicitud de aprobación ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi. El dispositivo señala cuáles son las operaciones sujetas a control, tales como adquisiciones y fusiones, la forma en que se lleva adelante el control previo o factores a considerar, indicando que la creación o fortalecimiento de la posición de dominio empresarial no constituye por sí misma una prohibición, pues es preciso evaluar si tiene efectos restrictivos o no en la competencia en determinado mercado relevante.

El Decreto de Urgencia contempla, entre otros, las facultades de la autoridad competente, las infracciones y sanciones, las medidas correctivas y las multas aplicables. Las resoluciones que emita el Indecopi pueden ser cuestionadas ante la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior, debiendo la Corte Suprema resolver la apelación y la casación que se solicite. De otro lado, el Ministerio de Economía y Finanzas deberá, en un plazo de seis meses, publicar el reglamento correspondiente

y la Ley de Presupuesto asignar los fondos para el correcto funcionamiento de la misión encomendada. Finalmente, se deroga la Ley 26876 correspondiente fusiones en el sector eléctrico.

Se trata de una norma compleja de alto contenido técnico que otorga al órgano administrativo de control un alto poder discrecional. No es posible aún evaluar la pertinencia de los argumentos a favor y en contra sobre esta materia, a los que nos hemos referido anteriormente, pues será necesario esperar un plazo prudencial para conocer de la futura actuación del órgano administrativo competente, y evaluar también si se le otorgará al Indecopi los fondos necesarios para la misión encomendada y la contratación del personal calificado necesario para efectuar correctamente el control que le ha sido otorgado.

6. PREMISAS CUESTIONADAS Y FACTORES EXTRAJURÍDICOS QUE DESDIBujan EL MODELO CONCURRENTIAL

6.1. El sistema económico imperante

Los diversos conceptos y planteamientos sobre la competencia económica asumen que ella se realiza en un sistema de mercado libre, más o menos eficiente, más o menos imperfecto, dentro del sistema capitalista. Ya hemos tenido ocasión de ver cuál fue el origen y la evolución de este último, así como las características que hoy lo distinguen. La moderna teoría del desarrollo no solo tiene por objeto el estudio del mercado, sino también los aspectos políticos, técnicos, históricos, demográficos, geográficos, institucionales, etc., no consideradas como variables exógenas, en contraposición a las corrientes neoclásicas cuyas proposiciones fundamentales son formuladas axiomáticamente; es decir, no están sujetos a observación. El objeto de la «economía del bienestar», aquella que da sustento a la edificación del Estado social y democrático de derecho, requiere de juicios éticos o de valor. Uno de los obstáculos para promover el desarrollo tiene que ver con la vigencia limitada de los derechos, lo cual no permite el acceso de las mayorías a los bienes fundamentales y a su reconocimiento social para el pleno ejercicio de las capacidades humanas (Graña, 1997, p. 142).

De lo que no cabe duda es del impacto negativo que ha tenido en Latinoamérica la transformación de los procesos innovadores en la producción y de su efecto en el comercio internacional, pues ha reducido la importancia de las materias primas, lo que a su vez ha dado origen a la formación de economías subterráneas e informales, fuera de la legalidad. Frente a esa situación, lo que se requiere es una redefinición del papel del Estado, una promoción y defensa muy agresiva de la innovación y la productividad, una participación más activa de la sociedad civil, una extendida

educación de calidad y un reparto más equitativo de la riqueza generada. Hay poco margen para tomar caminos alternativos a los que impone el sistema económico mundial, gobernado principalmente por las compañías multinacionales. Los beneficios de esta realidad solo podrán recibirse si se adoptan medidas extraordinarias y selectivas en un conjunto amplio de sectores, pues no cabe duda que no bastará con la sola acción del mercado.

El proceso de privatización y desregulación iniciado en la década de 1990 en el Perú, que ayudó a paliar el déficit comercial en cuanto a su impacto doméstico, significó que un numeroso grupo de empresas estatales pasó a manos de empresas extranjeras, lo que dio lugar a una creciente concentración de riqueza. En el actual entorno mundial, los empresarios y las empresas nacionales tendrán cada vez un futuro más difícil y requerirán de ayuda estatal para sobrevivir (Iguíñiz, 1999, p. 182). Surge entonces, como un reto para el Estado, el asumir con realismo su rol regulador, así como de inversionista en recursos humanos, buscando eficiencia y equidad. Porque, además, el proceso de reformas no trajo una reconversión productiva, sino más bien una puesta al día en términos de información y finanzas. Las grandes inversiones extranjeras «nuevas» se han dado en el ámbito minero —como lo es desde el siglo XIX—, las finanzas y las comunicaciones.

Es cierto que las reformas económicas de la década de 1990 liberaron en el Perú a las fuerzas del mercado. Y es precisamente desde ese momento que se puede apreciar dónde hay mercado y dónde no, así como la concentración en el ingreso, pues los consumidores no son tan numerosos con relación a la población total, que tiene un alto porcentaje de pobres absolutos (quizás 15%). Si bien entonces se ha dado un salto dirigido a la construcción de una economía de mercado y se ha producido un importante crecimiento de la clase media, que es ya más del 50% de la población, sin embargo no se ha cumplido aún el requerimiento esencial para que todos tengan igualdad de información y de oportunidades para actuar en él (Ugarteche, 1998, p. 175). Más adelante veremos algunas de las causas; pero antes examinaremos el modelo concurrencial subyacente que hace posible la competencia económica y la aplicación parcial de las normas del derecho de la competencia.

6.2. Modelo concurrencial

Tanto los postulados de la constitución económica como las normas del derecho de la competencia se aplican a una realidad cambiante y poco uniforme, vinculada al estado de desarrollo de los países, en el plano jurídico y en el económico. Resulta por demás evidente que el nacimiento y evolución de los institutos, que son hoy parte del derecho de la competencia, han tenido su origen y posterior evolución en países de un grado de desarrollo muy superior al nuestro. Pero las hemos asumido,

no como fruto de un análisis de nuestra realidad y de un posterior debate interno, sino más bien como consecuencia del carácter internacional del comercio y de la creciente globalización; y, también, por la influencia y hasta imposición proveniente de esos países. Han sido también un agente acelerador de esta incorporación normativa los objetivos y trabajos previos de la Comunidad Andina de Naciones, de la cual el Perú forma parte.

Resulta entonces de interés conocer, aunque solo a grandes rasgos, cuál es el modelo de competencia subyacente que ha dado lugar a la existencia del derecho de la competencia, tal como hoy se presenta en el mundo desarrollado. Como bien señala Baylos:

[...] para que pueda decirse que un mercado se desarrolla en un régimen de competencia, es necesario que se den en él, en mayor o en menor medida, tres circunstancias que bien podríamos llamar sus elementos competitivos, a saber: la formación autónoma de los precios; la libertad de elección de los consumidores y la imposibilidad de que las empresas concurrentes basen exclusivamente en decisiones propias su «política industrial», comercial y de ventas (Baylos, 1978, p. 227).

Premisas incuestionables que no suelen darse con total pureza o vigencia en país o mercado alguno, pero que entre nosotros han estado por muy largo tiempo, sino cuestionadas, sí recortadas —entre estos factores— por una tradición política autoritaria y poco informada y por una actividad económica vinculada principalmente a productos primarios, ausencia de una burguesía nacional y extendida pobreza educativa y material. Los incuestionables esfuerzos nacionales en la segunda mitad del siglo XX e inicios del siglo XXI, encaminados a superar esas deficiencias, han tenido solo una recepción parcial. El Perú es todavía, cualquiera sea el estándar aplicable, un país en vías de desarrollo.

Alberto Bercovitz, con relación a la disciplina de la competencia desleal, ha señalado que hay un modelo competitivo que subyace a la enumeración de los supuestos concretos prohibidos, que sirve para entender a cabalidad las normas específicas aplicables (1992, p. 30 ss.). Son características de ese modelo, en primer término, la claridad y diferenciación de las ofertas a fin de lograr la transparencia del mercado; de ahí surge la prohibición de los actos de engaño y confusión y, también, la permisibilidad frente a los actos de comparación. En segundo lugar, la exigencia de que la actuación de los oferentes en el mercado esté basada en su propio esfuerzo, lo que explica la prohibición de los actos de imitación. Así, si bien se acepta la imitación de iniciativas empresariales ajenas que puedan considerarse útiles de integrar a las propias ofertas, salvo que lesione o infrinja un derecho exclusivo, lo que no se acepta es la reproducción sistemática de ofertas de terceros o la explotación de secretos

empresariales obtenidos por violación del factor de confidencialidad. Una tercera característica es que los agentes económicos cumplan la legalidad vigente, pues solo de esa manera se puede competir en condiciones de igualdad. Una cuarta característica es que a los operadores económicos se les prohíbe la arbitrariedad en su actuación en el mercado, lo que implica que no puede discriminarse entre los clientes o imponerles condiciones abusivas. De ahí surge la prohibición al abuso de las posiciones dominantes, tema estrechamente vinculado a la legislación *antitrust*. Finalmente, la necesidad de que quede garantizada en todo momento la libertad de decisión de los consumidores, principio sobre el que en verdad se basa todo el sistema competitivo de economía de mercado. Por tanto, toda actuación que impida o limite la decisión libre de los consumidores es incompatible con el modelo de competencia constitucionalizado y legalmente reconocido; de ahí que sean sancionables los actos de engaño o confusión.

Este modelo de competencia en el ámbito de la competencia desleal subyace también, con distinto énfasis, para la aplicación de las normas *antitrust*; además, asumen otras características de la actividad económica que deben reconocerse. En primer término, la existencia de unidades de producción y de servicios de dimensiones importantes que operan en mercados de mediana o gran dimensión, sobre un conjunto de consumidores y usuarios que han superado en altísima proporción el analfabetismo y la extrema pobreza y que, en nuestros días, tienen acceso a los más modernos medios de comunicación social. La aplicación de las normas *antitrust* es incomprensible en sociedades en las que prácticamente solo existen actividades artesanales y pequeñas empresas. Todo ello exige, a su vez, la existencia de instituciones estatales, sean administrativas o judiciales, compuestas por un conjunto de integrantes expertos no solo en materia jurídica, sino también económica. Son estos factores los que, sumados a los del modelo de competencia desleal, conforman el modelo concurrencial sobre el que actúa el derecho de la competencia.

Siendo ello así, es preciso efectuar un breve comentario sobre nuestras realidades socioeconómicas, propias de un capitalismo dependiente y periférico, para poder hacer un juicio crítico sobre la viabilidad y vigencia los mandatos constitucionales en el terreno económico y de la efectividad que puede alcanzar en nuestro mercado la aplicación de las normas del derecho de la competencia.

6.3. Manifestaciones atípicas: informalidad y economía sumergida

En el Perú, tienen gran importancia económica y social la informalidad, el comercio ambulante y la economía sumergida. Esta situación es consecuencia de un conjunto de factores vinculados a la ausencia de instituciones representativas de los intereses mayoritarios, a las características del sistema económico prevaleciente, a la difícil

aplicación de la ley y a la pobreza. Como se sabe, la informalidad económica se encuentra al margen de la ley, pero forma parte del sistema económico. Se trata de actividades realizadas por cuenta propia o en pequeñas empresas que establecen reglas particulares en lo relativo a su desarrollo y la competencia con terceros (ver Soto, 1986; Quijano, 1998).

Estos amplios sectores sociales, que llegan a conformar más del 50% de la actividad económica y dan trabajo a algo más del 60% de los trabajadores del país, tienen serios problemas para acceder al sistema formal. Sus integrantes, además, tienen la percepción de que las decisiones judiciales son arbitrarias, discriminadoras y contrarias a sus intereses y derechos. Por cierto, no se trata de un conjunto homogéneo, sino más bien diferenciado con distintos niveles de desarrollo. En términos generales, la legalidad les supone el establecimiento de compromisos que no están en condiciones de cumplir y solo se someten a ella cuando ya no pueden resistir el asedio de la autoridad. No puede negarse que, en muchos casos, la evasión a la ley es una condición de su permanencia en el mercado.

Si bien durante los últimos años se han hecho esfuerzos para incrementar las actividades formales, queda todavía por delante un largo camino. Para ello es necesario vencer una extendida percepción de que las normas reguladoras de las conductas en el mercado y la condena de aquellos que las infrinjan son pretensiones que no se cumplen y que, además, los hace dependientes de las decisiones de aquellos en quienes no confían. No puede olvidarse, de otro lado, que el modelo liberal imperante en el mundo desarrollado no es siempre viable o posible de repetir en los países en desarrollo y que la concentración empresarial hace difícil el surgimiento de empresas pequeñas y medianas de capital nacional, más aún cuando no es posible repetir las condiciones que hicieron posible su surgimiento en el hoy mundo desarrollado; a esto se adiciona la ausencia de crédito promocional y un sistema de comercio internacional que, sin duda, ha favorecido y favorece a los países ricos.

El problema de la informalidad y de las empresas que operan fuera del marco legal se vincula también a una cultura poco respetuosa del derecho ajeno, cuyo fundamento puede tener soporte por el histórico abuso de los más poderosos, por la desigualdad económica y laboral, así como por una tendencia a considerar con simpatía el incumplimiento de la normativa, alegando inferioridad y debilidad. En ciertos casos, esas conductas son reflejos de una realidad dramática e injusta; pero, en otros, una mera táctica para obtener beneficios ilegales.

En el contexto descrito, el respeto a las normas que regulan la actividad económica se hace particularmente difícil y el mercado adquiere imperfecciones que van más allá de los modelos económicos que la teoría reconoce. Una realidad que debe apreciarse con cuidado y serenidad en nuestro país, para poder superarla.

6.4. Factores extrajurídicos

Las variadas dificultades, que la historia atestigua, para afianzar la institucionalidad democrática han sido y son muy variadas y complejas, aunque ello no es motivo de este libro. Pero, para dar viabilidad a un modelo concurrencial que tenga en la competencia económica su motor central, deben superarse algunos obstáculos de gran dificultad mediante acciones sostenidas en el tiempo y compartidas tanto por la clase política y el Estado como por la sociedad civil en su conjunto.

Hay que señalar, en primer término, la ausencia de fe en el progreso en amplios sectores, renuentes a creer que el tiempo avanza sin volver atrás. Ausencia que sirve para poner de manifiesto la falta de confianza en la institucionalidad, en la empresa y en el conciudadano, y que representa un lastre muy pesado para poder compartir un conjunto de valores y creencias esenciales para las políticas de largo plazo, como la promoción de la investigación científica y tecnológica, absolutamente clave para el progreso económico.

La aceptación pasiva de aquella extendida creencia de que «la ley se acata pero no se cumple» significa premiar cotidianamente la arbitrariedad, compañera de un arraigado autoritarismo político y familiar, y boicotear el cumplimiento de la legalidad vigente. En otras palabras, el mérito y los logros personales basados en el propio esfuerzo, sobre los que se asienta la economía de mercado y el derecho de la competencia, no parecen ser socialmente reconocidos por un alto porcentaje de ciudadanos.

El diagnóstico y las evaluaciones sobre la calidad de la educación peruana y en especial de la estatal, que es la que atiende a las mayorías, son poco satisfactorios. Los esfuerzos para salir de esta situación, no han sido atendidos por el Estado con la urgencia que se requiere. De otro lado, la pobreza y la desigualdad son un obstáculo para el desarrollo de cualquier política educativa (Lynch, 2006, p. 52). En la situación actual, es difícil que puedan formarse jóvenes capaces de producir bienestar; más bien, seguirán surgiendo numerosos analfabetos funcionales, creyentes en una gaseosa «ideología de los derechos», que no asume las responsabilidades y obligaciones respectivas.

El concepto utilitario de la calidad, pregonado por las corrientes neoliberales, pone en peligro los logros de acceso al sistema educativo y anulan la función igualadora de la educación, lugar de encuentro de los distintos sectores sociales. De otro lado, dificulta grandemente la instauración de una economía social de mercado, que necesita de ciudadanos y no de súbditos. Y, por cierto, hace ininteligibles las funciones sociopolíticas que tienen lugar al interior del derecho de la competencia.

Los Estados latinoamericanos, así como el Perú, han transitado de las intervenciones indiscriminadas en la economía hasta la redefinición del rol del Estado, asignándole ahora un carácter subsidiario, en un entorno político y económico

distinguido por la globalización y una persistente desigualdad. No puede dejarse de mencionar, sin embargo, que la racionalización del Estado a través de los procesos privatizadores y de desregulación, acompañado de un crecimiento macroeconómico, así como una mayor contención del gasto superfluo, han traído beneficios en términos generales. De otro lado, el panorama sería incompleto si no se reconociera que el analfabetismo absoluto ha disminuido, que la población es hoy fundamentalmente urbana y tiene acceso extendido a modernos medios de comunicación, siendo el eje matriz de la economía peruana la construcción de ciudades²⁸³.

Pero queda mucho por hacer, pues el progreso logrado en la erradicación de la pobreza y la tarea de cubrir la brecha de redistribución no han mantenido el mismo ritmo del crecimiento y la inversión. Las deficiencias de la política social no han podido articular una estrategia de desarrollo, ni fortalecer al empresariado nacional. Entonces, si el Perú aparece como un reformador agresivo a partir de la década de 1990, es un actor rezagado «con respecto a la eficiencia en la inversión, al dinamismo del comercio en comparación con otros reformadores del mercado y al impacto de ambos sobre el empleo y la equidad» (Wise, 2003, p. 312).

Los datos sobre inversión, empleo y productividad sirven para mostrar que el modelo concurrencial subyacente, que el derecho de la competencia exige y que se asume en los países desarrollados, no puede darse a plenitud en países como el Perú, lo que debe llevarnos a un análisis crítico de las disposiciones legales en la materia, más aún cuando esa realidad contribuye significativamente a la pérdida de legitimidad del sistema político. Dicho análisis, finalmente, no debe ser solo jurídico, sino también político y económico, por no decir filosófico y ético, ya que se trata de reconstruir una realidad que hoy no es en buena cuenta indócil e injusta.

Consideramos conveniente terminar este capítulo teniendo presente la siguiente reflexión de Celso Furtado:

[...] cuando la capacidad creativa del hombre se aplica al descubrimiento de sus potencialidades y al empeño de enriquecer el universo, se produce lo que llamamos desarrollo. El desarrollo solo aparece cuando la acumulación conduce a la creación de valores que se esparcen en la colectividad. La teoría del desarrollo alude a dos procesos de creatividad. El primero tiene que ver con la técnica, con el empeño del hombre por dotarse de instrumentos, por ampliar su capacidad de acción. El segundo se refiere al significado de la actividad humana, a los valores con los que el hombre enriquece su patrimonio existencial (Furtado, 1999, p. 57).

Esa es la tarea que tenemos por delante.

²⁸³ Para conocer y analizar estos temas, ver el magnífico libro de Amat y León, 2006.

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
marzo 2020 Lima - Perú

Derecho constitucional económico es el estudio sistemático más riguroso realizado en el Perú sobre esta materia. Se trata de la segunda edición actualizada y ampliada de una obra que integra de modo teórico y práctico enfoques interdisciplinarios que incluyen al derecho público, la economía, la historia económica, la filosofía política y la ética. Se constituye así en una indispensable fuente de consulta de académicos, legisladores, jueces, abogados, profesionales y estudiantes de distintas especialidades para el estudio y aplicación de las libertades económicas dentro del marco jurídico del Estado Social y Democrático de Derecho y con propuestas renovadoras sobre el contenido de la economía social de mercado en el siglo XXI.

El tomo I de este libro estudia las normas de contenido económico incluidas en la Constitución de 1993 y su relación con la dignidad humana, el desarrollo capitalista, las relaciones Estado-mercado en el Perú, los derechos económicos fundamentales, la economía social de mercado, la libertad de empresa y la competencia económica.



PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

**FONDO
EDITORIAL**

ISBN 978-612-317-554-2



9 786123 175542